Erlangen 1960

Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957

von

DIETER HOLZHEIMER

aus Crottendorf im Erzgebirge

1960 №62

Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957

INAUGURAL-DISSERTATION

der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

Vorgelegt von
DIETER HOLZHEIMER
aus Crottendorf im Erzgebirge

Approbiert am: 18. Februar 1960

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld

Dekan: Professor Dr. Hans Spanner

Inhaltsübersicht

		Seite der Arbeit
Vorbemerkung		IV - V
Abkürzungsverzeichnis		VI - VII
Literaturverzeichnis		VIII - XXIX

I. Abschnitt

Rechtliche und wirtschaftliche Grundlegung		1
1. Kapitel:	Stellung der vertikalen Preisbindungen innerhalb der Rechtsordnung	1
§ 1 :	Der Rechtsbegriff der vertikalen Preisbindungen und seine Bestimmung	1
§ 2 :	Die Abgrenzung der vertikalen Preisbindungen zu anderen Rechtsgebieten	18
§ 3 :	Vertikale Preisbindungen kraft rechtsgeschäftlicher Verpflichtung	21
§ 4 :	Vertikale Preisbindungen kraft tatsächlicher Massnahmen	23
2. Kapitel:	Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen nach bisherigem Recht und ihr Einfluss auf die gesetzliche Regelung des GWB	31
§ 5 :	Die deutsche Gesetzgebung bis zum Jahre 1947	31
§ 6 :	Die alliierte Dekartellierungsgesetzgebung	38
§ 7 :	Die Übergangsregelung für vertikale Preisbindungen nach § 1o6 GWB	46

II. Abschnitt

Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen nach dem GWB und ihre Probleme 54

3. Kapitel: Inhalt und Tragweite des Verbotes nach § 15 GWB 54

§ 8 : Entstehungsgrundlagen und Zielsetzung des GWB und ihre Einflussnahme auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes 54

§ 9 : Der Geltungsbereich und Inhalt des vertikalen Preisbindungsverbots 61

§ 1o : Die zivilrechtliche Wirkung des Verbots und ihre Grenzen 74

4. Kapitel: Einzelprobleme der Verbotsregelung 87

§ 11 : Die Umgehungshandlungen des Verbotes nach § 15 GWB 87

§ 12 : Die Behandlung vertikaler tatsächlicher Preisbindungen und Preisempfehlungen 96

§ 13 : Die Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln, Handelsbräuchen und allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der Verbotsvorschriften der §§ 15, 25 Abs. 1 und 38 Abs. 2 S. 2 GWB 132

§ 14 : Das Verhältnis der Preisbindungs- und Empfehlungsverbote zu anderen Vorschriften des GWB 152

5. Kapitel: Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen bei Markenwaren 162

§ 15 : Die Bedeutung und volkswirtschaftliche Problematik der Ausnahmebestimmung des § 16 GWB 162

§ 16 : Die rechtliche Bestimmung des Begriffes der Markenware im Sinne § 16 GWB 166

§ 17 : Die Voraussetzung des horizontalen Preiswettbewerbs mit gleichartigen Waren und ihre Probleme 174

§ 18 : Umfang und Grenzen der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen nach § 16 GWB 185

§ 19 : Die Schriftform und die Anmeldung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen 2o8

§ 2o : Die rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Unwirksamkeitserklärung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen für Markenwaren gemäss § 17 GWB 227

Vorbemerkung

Nachdem sich der Gesetzgeber in der Bundesrepublik entschieden hat, die soziale Marktwirtschaft auf der Grundlage des freien Wettbewerbs als Prinzip unserer Wirtschaftsordnung einzuführen und aufrechtzuerhalten, stellte sich die Frage nach der rechtlichen Ordnung dieses Wettbewerbs.

Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist diese Frage für die Gegenwart und die weitere Zukunft beantwortet worden. Das Gesetz regelt massgebend die Vereinbarkeit privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen mit der Rechtsordnung. In ihm sind in besonders anschaulicher Weise rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungsweisen und Erscheinungsformen untereinander verflochten und greifen öffentlichrechtliche und privatrechtliche Normen ineinander über.

Innerhalb des Gesetzes bildet das Recht gegen vertikale autonome Preisbindungen und Preisempfehlungen einen wirtschaftlich und rechtlich bedeutenden Teilbereich. Während früher in der breiten Öffentlichkeit die vertikalen Preisbindungen gegenüber den Kartellen weniger in der Diskussion gestanden haben, so haben im Laufe der Entwicklung, insbesondere nach dem letzten Kriege, die vertikalen Preisbindungen in Wissenschaft und Praxis immer mehr an Bedeutung gewonnen. Diese Bedeutung drückt sich nicht nur in der Gesetzgebung und Rechtsprechung, sondern allgemein in den publizistischen Erörterungen und Stellungnahmen zu der einschlägigen Regelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen über die Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen aus.

Vorliegende Arbeit befasst sich mit den rechtlichen Problemen der Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Sie soll auf Grund der wirtschaftspoli-

tischen Entscheidung des Gesetzgebers einen Beitrag zur Auslegung und Anwendung der massgebenden Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen über die vertikalen Preisbindungen und Preisempfehlungen liefern. Infolge der engen Verflechtung rechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweisen und der Kodifizierung massgebender volkswirtschaftlicher Tatbestände im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kommt hierbei insbesondere einer gesetzlichen Begriffsbestimmung sowie inhaltlichen Festlegung und Abgrenzung der gesetzlichen Tatbestände, die gleichermassen den tragenden wirtschaftspolitischen Zwecksetzungen und den Grundsätzen des geltenden Rechts Rechnung trägt, wesentliche Bedeutung zu.

Die volkswirtschaftlichen Probleme und Folgerungen, die sich aus der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung über die vertikalen Preisbindungen und Preisempfehlungen ergeben, sind nicht Gegenstand der Arbeit. Ob die Ergebnisse der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung als wirtschaftspolitisch erwünscht oder vertretbar angesehen werden, wird vom Gesetzgeber in der Zukunft überprüft und beantwortet werden müssen.

Abkürzungsverzeichnis

AG	Amtsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Gemeinschaftskommentar	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, herausgegeben von Müller-Henneberg, Hans - Schwartz, Gustav
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring
MA	Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRG	Militärregierungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGRKomm	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuWE	Wirtschaft und Wettbewerb - Entscheidungssammlung zum Kartellrecht Teil I Rechtsprechung Teil II Verwaltung

Literaturverzeichnis

1) Amtliche Begründung zum Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1951/52, S. 432 ff., insbesondere S. 467 ff.

2) Änderungsvorschläge des Bundesrats zum Kartellgesetzentwurf und Stellungnahme der Bundesregierung zu diesen Vorschlägen, in WuW 1951/52, S. 664 ff.

3) Axster, Herbert — Das marktbeherrschende Unternehmen im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin 1956

4) Axster, Herbert — Die vertikalen Bindungen im amerikanischen Antitrustrecht, in WuW 1954, S. 242 ff.

5) Ballerstedt, Kurt — Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in JZ 1951, S. 486 ff.

6) Ballerstedt, Kurt — Kartellverbot und Einzelvertrag, in JZ 1956, S. 267 ff.

7) Baumbach-Hefermehl — Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kurzkommentar, 8. völlig neub. und verm. Aufl., München-Berlin 196o

8) Becher, Hans — Umstrittene Preisbindung, in GRUR 1949, S. 147 ff.

9) Becher, Hans — Die wirtschaftliche Preisbindung, in Betriebsberater 1958, S. 43o ff.

1o) Becher, Hans — Zum Meinungsmonopol, in Betriebsberater 1951, S. 398 ff.

11) Benisch, Werner — Ist das Kartellverbot grundgesetzwidrig?, in Betrieb 1956, S. 37 ff.

12) Benisch, Werner — Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betrieb 1957, S. 789 ff.

13) Benisch, Werner — Auslegung der Dekartellierungsbestimmungen der französischen Zone, in Betriebsberater 1954, S. 247 ff.

14) Benisch, Werner — Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlungen, in WuW 1959, S. 3 ff.

15) Benisch, Werner — Kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsklauseln in handelsrechtlichen Verträgen, in WuW 1953, S. 219 ff.

16) Benisch, Werner — Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, in WuW 1955, S. 421 ff.

17) Benisch, Werner — Wettbewerbsregeln der grauen Zone, in WuW 1956, S. 643 ff.

18) Benkendorff, Gerhard — Die Umgehung der Kartellvorschriften, in WuW 1954, S. 147 ff.

19) Benkendorff, Gerhard — Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, in WuW 1958, S. 416 ff.

2o) Benkendorff, Gerhard — Kartellrecht und Handelsbräuche, in WuW 1953, S. 666 ff.

21) Berg, Gustav — Bindungen der Wiederverkäufer an Markenartikelpreisen - Rechtswirksamkeit der Bindungen?, in Betriebsberater 1955, S. 917 ff.

22) Berg, Gustav — Über die Rechtsgrundlage der vertikalen Preisbindung bei Markenartikeln, in Betriebsberater 1956, S. 97 ff.

23) Biedenkopf, Kurt — Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, in Betriebsberater 1956. S. 453 ff.

24) Biedenkopf, Kurt - Callmann, Rudolf - Deringer, Arved — Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957

25) Biedenkopf, Kurt - Steindorff, Ernst — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg 1957

26) Böhm, Franz — Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, Heft 14 der Schriftenreihe der Hochschule für politische Wissenschaften, München 1951

27) Böhm, Franz — Verstösst ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?, in WuW 1956, S. 173 ff.

28) Böhm, Franz — Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933

29) Böhm, Franz — Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, in SJZ 1946, S. 146 ff.

3o) Borchardt, Knut - Fikentscher, Wolfgang — Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, in Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 24. Heft, Stuttgart 1957

31) Bramslöw — Amtliche Äusserungen zur Preisbindung bei Markenartikeln, in Betriebsberater 1956, S. 286

32) Brandes, Lieselotte — Preisbindungen der zweiten Hand, Dissertation Nürnberg 1951

33) Brandt, Richard — Empfehlungen als Wettbewerbshinderung, in GRUR 1951, S. 112 ff.

34) Brunn, Johann Heinrich, v. — Zweifelsfragen bei der Anmeldung der Preisbindung der zweiten Hand, in Betrieb 1958, S. 129 ff.

35) Brunn, Johann Heinrich, v. — Die wettbewerbsläuternde Vereinbarung, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S. 167 ff.

36) Brunn, Johann Heinrich, v. — Die heutige Lage des deutschen Kartellrechts, Minden-Frankfurt 1949

37) Brunn, Johann Heinrich, v. — Das heutige Recht der Markenartikel, in GRUR 1958, S. 275 ff.

38) Brunner, Hanspeter — Zwangskartelle, Zürich-Berlin 1937

39) Büntig, Heinz — Kartellersatz durch vertikale Preisbindung, in WuW 1957, S. 143 ff.

4o) Büntig, Heinz — Die Übergangsregelung für wettbewerbsbeschränkende Verträge aus der Zeit vor dem 1.1.1958, in Betriebsberater 1958, S. 5o6 ff.

41) Büntig, Heinz — Vertikale Bindungen von Geschäftsbedingungen, in Betriebsberater 1954, S. 581

42) Büntig, Heinz — Preisbindung des Einzelhandels durch Hersteller von Markenartikeln, in Betriebsberater 1955, S. 1114

43) Büntig, Heinz — Die Übergangsregelung für wettbewerbsbeschränkende Verträge aus der Zeit vor dem 1.1.1958, in Betriebsberater 1958, S. 5o6 ff.

44) Büntig, Heinz — Zum Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1958, S. 62 ff.

45) Büntig, Heinz — Die Behandlung vertikaler Preisbindungen nach geltendem Recht, in NJW 1956, S. 575 ff.

46) Bullinger, Martin — Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, in Die öffentliche Verwaltung 1957, S. 762

47) Callmann, Rudolf — Das Deutsche Kartellrecht, Kommentar, Berlin 1934

48) Callmann, Rudolf — Nochmals: § 134 BGB und vertikale Preisbindung, in MA 1957, S. 1o8 ff.

49) Capelle — Zur Preisbindung zweiter Hand, in Betriebsberater 1955, S. 781

5o) Danckelmann, Bernhardt — § 134 BGB und vertikale Preisbindung, in MA 1957, S. 53 ff.

51) Dichgans, Hans — Zum Begriff des Missbrauchs im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1958, S. 658 ff.

52) Die Kartelle und Verbände in unserer Zeit, Schriftenreihe des Genossenschaftsinstituts " Im Grüene " Bd. 1, Zürich 1956

53) Die vertikale Preisbindung auf der Internationalen Studientagung 1958 der Duttweiler-Stiftung, in WuW 1958, S. 527 ff.

54) Dörinkel, Wolfram — Die Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen bei Markenwaren, in WuW 1953, S. 663 ff.

55) Dörinkel, Wolfram — Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis, in WuW 1957, S. 607 ff.

56) Dörinkel, Wolfram — Der Begriff des Missbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, in WuW 1959, S. 81 ff.

57) Dörinkel, Wolfram — Die Preisbindung der Wiederverkäufer bei Markenwaren, in Betrieb 1953, S. 15 ff.

58) Dörinkel, Wolfram — Rechtsgültigkeit der Preisbindung bei Markenwaren und Schriftform, in Betrieb 1953, S. 729 ff.

59) Dörinkel, Wolfram — Der Geltungsbereich der Preisbindungsverordnung und die Beurteilung von Preisempfehlungen, in WuW 1951/52, S. 835 ff.

60) Draheim, G. — Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, Göttingen 1954

61) Droste, Hans — Die Regelung der vertikalen Preisbindung im neuen Kartellgesetz, in Betrieb 1958, S. 99 ff.

62) Dülfer, Eberhard — Zur Frage des Unternehmungscharakters der Genossenschaft, in Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Bd. 6, 1956, S. 265 ff.

63) Dürig, Günter — Artikel 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, in NJW 1955, S. 729 ff.

64) Eger, Otto — Das Recht der deutschen Kartelle, Berlin 1932

65) Enneccerus, Ludwig — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. neub. Aufl., Marburg 19o8

66) Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Halbband, 15. neub. Aufl., Tübingen 1959 und II. Halbband, 14. neub. Aufl., Tübingen 1955

67) Erman - Westermann — Handkommentar zum BGB, 2. neub. Aufl., Münster 1958

68) Eucken, Walter — Wettbewerb als Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung, in Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, in Schriften der Akademie für Deutsches Recht, 19. Gruppe, Heft 6, Berlin 1942, S. 29 ff.

69) Eucken, Walter — Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Aufl., Godesberg 1947

7o) Ewald — Wettbewerbsfreiheit und Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, in Betriebsberater 1951, S. 882 ff.

71) Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig — Verwaltungsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954

72) Fikentscher, Wolfgang — Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge Dritter, in Betriebsberater 1956, S. 793 ff.

73) Fikentscher, Wolfgang — Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945-54, in WuW 1955, S. 2o5 ff.

74) Fikentscher, Wolfgang — Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1958, S. 257 ff.

75) Fikentscher, Wolfgang — Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, in Betriebsberater 1958, S. 2o1 ff.

76) Flume, Werner — Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, in WuW 1956, S. 457 ff.

77) Forsthoff, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allg. Teil, 7. neub. Aufl., München und Berlin 1958

78) Franzen, Hans — Auslegungsregeln im Recht der Wettbewerbsregeln, in WuW 1957, S. 741 ff.

79) Franzen, Hans - Boekle, Hein — Kernfragen im Übergangsrecht der vertikalen Preisbindung, in WuW 1958, S. 195

8o) Franzen, Hans - Boekle, Hein — Das System der Preisbindungsreverse, in Betriebsberater 1958, S. 1o1 ff.

81) Friedlaender, Heinrich — Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in JZ 1957, S. 649 ff.

82) Gabriel, Siegfried — Zur Preisbindung der zweiten Hand, in WuW 1954, S. 683 ff.

83) Geiger, Willi — Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, Köln-Berlin 1955

84) Giese, Friedrich - Brunn, Johann Heinrich, v. — Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt 195o

85) Gleiss, Alfred — Zur Bindung der Wiederverkaufspreise, in Betriebsberater 1951, S. 182

86) Gleiss, Alfred — Kartelle und Monopole - England als Beispiel, Heidelberg 1952

87) Gleiss, Alfred — Kartellrecht in voller deutscher Zuständigkeit, in Betriebsberater 1955, S. 421

88) Gleiss, Alfred — Ist die Bindung von Rabatten bei Markenartikeln zulässig?, in NJW 1953, S. 1456 ff., 1582

89) Gleiss, Alfred — Wirtschaftliche Preisbindung im Schatten der rechtlichen?, in Betriebsberater 1958, S. 6o9 ff.

9o) Gleiss, Alfred — Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, in Betriebsberater 1958, S. 431 ff.

91) Gleiss, Alfred — Bindung der Wiederverkaufspreise für Markenartikel wieder möglich, in WuW 1951/52, S. 917 ff.

92) Gleiss, Alfred — Handelsbräuche und Dekartellierungsrecht, in Betriebsberater 1951, S. 8oo ff.

93) Gleiss, Alfred - Deringer, Arved — Die Bindung der Wiederverkaufspreise bei Markenartikeln und Verlagserzeugnissen, in JZ 1954, S. 659 ff.

94) Gleiss, Alfred - Deringer, Arved — Markt und Wettbewerb gleichartiger Waren, in Betriebsberater 1956, S. 735

95) Gleiss, Alfred - Fikentscher, Wolfgang — Weitergestaltung des Dekartellierungsrechts, in WuW 1955, S. 525 ff.

96) Gleiss, Alfred - Steiner, K. — Aus der Kartellrechtspraxis - Einige technische Einzelfragen zur vertikalen Preisbindung, in Betriebsberater 1958, S. 281 ff.

97) Gleiss, Alfred - Völp, F. — Der räumliche Geltungsbereich der Preisbindungsverordnung in bezug auf Markenartikel, in Betriebsberater 1954, S. 853 ff.

98) Gleiss, Alfred , Völp, F. — Preisbindung zweiter Hand für Markenartikel, in NJW 1953, S. 12

99) Gleiss, Alfred - Völp, F. — Bindung der Wiederverkaufspreise für Markenartikel, in Betriebsberater 1952, S. 998

1oo) Gleiss, Alfred - Völp, F. — Zur Bindung der Wiederverkaufspreise, in Betriebsberater 1951, S. 182

1o1) Gnam — Das Meinungsmonopol, in Betriebsberater 1951, S. 397

1o2) Gnam — Die unverbindliche Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht, in NJW 1952, S. 133

1o3) Godin, Freiherr v. - Hoth — Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Berlin 1957

1o4) Goldbaum, Wenzel — Kartellrecht und Kartellgericht, 2. Aufl., Berlin 1926

1o5) Gross, Herbert — Die Preisbindung im Handel, Düsseldorf 1957

1o6) Günther, Eberhard	Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, in WuW 1957, S. 677 ff.
1o7) Günther, Eberhard	Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, S. 379 ff.
1o8) Günther, Eberhard	Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1951/52, S. 17 ff.
1o9) Günther, Eberhard	Entscheidung in der Kartellpolitik, in Betriebsberater 1953, S. 121 ff.
11o) Günther, Eberhard	Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1957, S. 721 ff.
111) Gutenberg, Erich	Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Zweiter Band: Der Absatz, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1955, S. 3o2 ff.
112) Haussmann, Frederick	Das Dilemma eines deutschen Antitrustgesetzes, Bern 1955
113) Haussmann, Frederick - Würdinger, Hans	Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung der deutschen Sherman Act, in MDR 1947, S. 174 ff.
114) Hedemann, Justus Wilhelm	Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena 1929
115) Hedemann, Justus Wilhelm	Deutsches Wirtschaftsrecht, 2. erw. Aufl., Berlin 1943
116) Heintz, Karl	Zweifel an der zivilrechtlichen Wirkung der Freigabe der Preisbindung für Markenartikel?, in Betriebsberater 1953, S. 6o7 ff.
117) Heintz, Karl	Vertikale Preisbindung bei Markenartikel zulässig? in Betriebsberater 1955, S. 494 ff.
118) Hengstenberg, H.	Verstossen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1958, S. 439 ff.
119) Hoppmann, Erich	Vertikale Preisbindung und Handel, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 29, Berlin 1957

12o)	Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Band, 2. neub. erw. Aufl., Tübingen 1953
121)	Huber, Ernst Rudolf	Das Empfehlungsverbot, Eine kartellrechtliche Studie, Stuttgart 1959
122)	Hueck, Alfred - Nipperdey, Hans Carl	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. neub. Aufl., I. Band, Berlin-Frankfurt 1955
123)	Huppert, Walter	Die Preisbindung von Markenwaren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1955
124)	Isay, Rudolf	Geschichte der Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955
125)	Isay, Rudolf	Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen, Köln-Berlin 1954
126)	Jehne, Walter	Die Preisbindung bei Markenartikeln im ausländischen Recht, Dissertation Freiburg-Berlin 1934
127)	Katzler, Carl v.	Unternehmertum und organisierte Marktwirtschaft, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S. 3o1 ff.
128)	Kaufmann, Heinz - Rautmann, Hans Günther - Strickrodt, Georg - Hahn, Helmuth v. - Hoffmann, Dietrich - Kreifels, Max	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurter Kommentar zum Kartellgesetz, Frankfurt 1958
129)	Keidel, Fritz	in Staudinger, J. v., Kommentar zum BGB, VI. Band, Einführungsgesetze, I. Teil, 9. neub. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1929
13o)	Kirschstein, Friedrich	Rechtliche und wirtschaftliche Preisbindung einer Markenware nach § 16 des GWB, in WuW 1958, S. 527 ff.

131) Kirschstein, Friedrich	Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1959, S. 235 ff.
132) Klinger, Hans	Die Rechtsprechung des Kartellgerichts Heft 1 Berlin 193o Heft 2 Berlin 1934 Heft 3 Berlin 1937
133) Koenigs, Folkmar	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Der Betrieb 1957, S. 765 ff.
134) Kracht	Anmerkung zum Urteil des LG Köln, in Betriebsberater 1958, S. 461
135) Krüger, Hans	Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 195o
136) Krüger, Herbert	Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S. 2o1 ff.
137) Landmann - Rohmer	neub. von Eyermann, Erich - Froehler, Ludwig, Gewerbeordnung, Kommentar, I. Band, 11. Aufl., München-Berlin 1956
138) Lange, Otto	Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, in Archiv für Civilistische Praxis, Band 152, S. 241 ff.
139) Langen, Eugen	Kommentar zum Kartellgesetz, III. Aufl., Neuwied 1958
14o) Lanzenberger, Fritz	Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten, in GRUR 1958, S. 593 ff.
141) Lehnich, Oswald	Die Wettbewerbsbeschränkung - Eine Grundlegung, Köln-Berlin 1956
142) Lehnich, Oswald	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin 1956
143) Lehnich, Oswald - Fischer, Norbert	Das Deutsche Kartellgesetz, Kommentar zur Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, Berlin 1924

144) Ley, Rolf — Die Preisbindung für Inspektionen in der Automobilindustrie, in Der Betrieb 1958, S. 594 ff.

145) Lieberknecht, Otfried — Darf ein Zusammenschluss von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?, in MA 1958, 4. Heft, S. 231 ff.

146) Lieberknecht, Otfried — Patente, Lizenzen und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt 1953

147) Liefmann, Robert — Kartelle, Konzerne und Trusts, 8. umgearb. u. erw. Aufl., Stuttgart 193o

148) Lindenmaier, Fritz — Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Dekartellierungsvorschriften, in WuW 1953, S. 259 ff.

149) Lindenmaier - Möhring — Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, München - Berlin 1956

15o) Linhard, H. - Stöhr, G. — Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1957, S. 1o21 ff.

151) Löffler - Glaser — Erstreckt sich das Kartellprivileg der Markenfirmen und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen?, in Der Betrieb 1958, S. 535 ff.

152) Löffler, M. - Thümmel, H. — Sind gespaltene Preise zulässig ?, in Betriebsberater 1957, S. 1o94 ff.

153) Lohauß — Die Bindung von Geschäftsbedingungen im Rahmen der vertikalen Preisbindung, in Der Betrieb 1955, S. 354 ff.

154) Loos, Gerold — Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1958, S. 176 ff.

155) Loos, Gerold — Preisbindung und horizontale Wettbewerbsbeschränkung im Handel, in Betriebsberater 1958, S. 1217 ff.

156) Lutz, Hans — Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?, in NJW 1958, S. 128 ff.

157) Lutz, Hans — Sind vertikale Preisbindungen unwirksam?, in NJW 1956, S. 1777

158) Lutz, Hans — Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in NJW 1957, S. 1297 ff.

159) Lutz, Hans — Zur Kritik am Markenartikel, in MA 1954, Heft 1o, S. 539 ff.

16o) Lutz, Helmut - Steiner, Claus — Umfang der Preisbindung und Diskriminierungsverbot, in Betriebsberater 1958, S. 1154

161) Mangoldt, Hermann v. — Das Bonner Grundgesetz, Berlin-Frankfurt 1953

162) Mayer-Wegelin, Heinz — Die Empfehlung im Sinne des § 38 II GWB, in Der Betrieb 1958, S. 187 ff.

163) Mayer-Wegelin, Heinz — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, in WK Reihe, Heft 73, Frankfurt 1958

164) Meister, Jürg — Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Dissertation Zürich, Aarau 1954

165) Mellerowicz, Konrad — Markenartikel - Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, Berlin-München 1955

166) Merzel, Bernhard — Preisbindung und Jahresrückvergütungen im einzelwirtschaftlichen und genossenschaftlichen Grosshandel, in WuW 196o, S. 174 ff.

167) Meyer, Fritz W. — Warum feste Preise für Markenartikel? in Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, VI. Band, S. 133 ff., Düsseldorf-München 1954

168) Meyer - Cording, Ulrich — Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954

169) Meyer - Cording, Ulrich — Probleme des Kartellrechts, in JR 1951, S. 226 ff., insbesondere S. 229 ff.

17o)	Meyer - Cording, Ulrich	Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen, in NJW 1953, S. 565 ff.
171)	Michel - Weber - Gries	Das Rabattgesetz, 2. erw. u. erg. Aufl., München-Berlin 1957
172)	Miksch, Leonhard	Der Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., Godesberg 1947
173)	Möhring, Philipp	Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, I. Teil, in WuW 1954, S. 387 ff., II. Teil, S. 493 ff.
174)	Möhring, Philipp	Die Bedeutung der Rule of reason im Kartellrecht, I. Teil in WuW 1955, S. 5 ff., II. Teil in WuW 1955, S. 89 ff.
175)	Möhring, Philipp	Dekartellierungsrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, in GRUR 1949, S. 271
176)	Möhring, Philipp	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den alliierten Dekartellierungsgesetzen, in GRUR 1952, S. 331 ff.
177)	Mueller, Rudolf	Anwendbarkeit des § 134 BGB im Kartellrecht, in JZ 1954, S.72o ff.
178)	Mueller, Rudolf	Die Dekartellierungsgesetze, in Betriebsberater 1947, S. 137
179)	Mueller, Rudolf	Kartelle gegen unlauteren Wettbewerb?, in NJW 195o, S. 8o1 ff.
18o)	Müllensiefen, Heinz	Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht, 2. erw. Aufl., Berlin 1934
181)	Müllensiefen, Heinz	Freiheit und Bindung in der geordneten Wirtschaft, Gesetz und Wirtschaft, Band 5, Hamburg 1939
182)	Müllensiefen, Heinz - Dörinkel, Wolfram	Kommentar zum Kartellrecht, 3. Aufl., Berlin 1938
183)	Müller-Armack, A.	Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1948
184)	Müller-Erzbach, Rudolf	Das Unternehmen und die Unternehmer- und die Abnehmerfreiheit, in JZ 1952, S. 193 ff.

185) Müller - Gries — Kommentar zum GWB, Frankfurt 1958

186) Müller, Helmut — Kartellverbot und Grundgesetz, in WuW 1953, S. 734 ff.

187) Müller, Helmut — Grundgesetz und Kartellverbot, in Betriebsberater 1956, S. 972 ff.

188) Müller-Henneberg, Hans — Zum Missbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1959, S. 133 ff.

189) Müller-Henneberg, Hans; Schwartz, Gustav — Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Köln-Berlin 1958 (Gemeinschaftskommentar)

19o) Neumann, Erwin — Vereinbarungen von Preis- und Vertriebsbindungen in allgemeinen Lieferbedingungen, in Betriebsberater 1957, S. 199 ff.

191) Nibler, Franz — Über die Grenzen der vertikalen Bindung bei Markenwaren, in NJW 1954, S. 369 ff.

192) Nipperdey, Hans Carl — Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, in WuW 1954, S. 211 ff.

193) Nipperdey, Hans Carl — Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in Deutsche Rechtszeitschrift 195o, S. 193 ff.

194) Oppenheim, Chesterfield — Der Bericht des Nationalen Komitees zum Studium der Antitrustgesetze, I. Teil, in WuW 1955, S. 442 ff.

195) Ottel, Fritz — Kann die Gesetzgebung Wettbewerb schaffen?, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S. 71 ff.

196) Palandt-Danckelmann — BGB - Kurzkommentar, 17. neub. Aufl., München-Berlin 1958

197) Paul, Willy — Die wirtschaftliche Preisbindung - Ein Ersatz für die Preisempfehlung?, in Der Betrieb 1958, S. 1149

198) Paul, Willy — Warenrückvergütung und Preisbindung, in Betriebsberater 1958, S. 1229 ff.

199) Paul, Willy — Preisempfehlung und wirtschaftliche Preisbindung, in Der Betrieb 1958, S. 1319

2oo) Paulick, Heinz — Die Warenrückvergütung, ihr Wesen und ihre steuerliche Behandlung, Bd. V der Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Neuwied 1951

2o1) Pfaff, Ivo — Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere, Wien 1892

2o2) Philipps, Charles — Vorteile und Risiken des freien Wettbewerbs, in Die Kartelle und Verbände in unserer Zeit, Schriftenreihe des Genossenschaftsinstituts im Grüene, Band 1, Zürich 1956, S. 15 ff.

2o3) Pinder, Wolfgang — Kritik und Vorschlag zum kartellgesetzlichen Empfehlungsverbot, in Der Betrieb 1957, S. 597 ff.

2o4) Pinder, Wolfgang — Erstreckt sich das " Kartellprivileg " der Marken- und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen, in Der Betrieb 1958, S. 828

2o5) Pinder, Wolfgang — Empfehlungsverbot im Kartellgesetzentwurf, in WuW 1956, S. 7o6 ff.

2o6) Preiser, Erich — Wettbewerbspreis und Kostenpreis, in Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1942, S. 118 ff.

2o7) Raiser, Ludwig — Vertragsfreiheit, heute, in JZ 1958, S. 1 ff.

2o8) Raiser, Ludwig — Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935

2o9) Rasch, Harold — Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Herne-Berlin 1957

21o) Rasch, Harold — Grundfragen des Kartell- und Monopolrechts, in SJZ 195o, Sp. 385 ff.

211) Rasch, Harold — Vereinbarungen zur Sicherung lauteren Wettbewerbs, in Betriebsberater 1954, S. 5o9

212) Rasch, Harold — Kartellverbot und Grundgesetz, in WuW 1955, S. 667 ff.

213) Rasch, Harold — Preisbindungsverträge bei Markenartikel sind zulässig, in MA 1953, S. 357 ff.

214) Rasch, Harold — Zur Begriffsbestimmung der Markenware, in MA 1954, S. 592

215) Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 1o. Aufl., I. Band, Berlin 1953

216) Reimann, Günther — Können Empfehlungen kartellgleicher Wirkung auf dem Wege der Anmeldung bei der Kartellbehörde vom gesetzlichen Verbot freigestellt werden?, in Betriebsberater 1958, S. 178 ff.

217) Reimer, Eduard — Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Systematischer Kommentar, 3. neub. u. erw. Aufl., Köln-Berlin 1954

218) Rittner, Fritz — Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957

219) Röper, Burkhardt — Die vertikale Preisbindung ist kein Kartellersatz, in WuW 1957, S. 293 ff.

22o) Röper, Burkhardt — Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, Tübingen 1955

221) Röper, Burkhardt — Vertikale Preisbindung ist kein Kartellersatz, in MA 1957, S. 288 ff.

222) Rösing, Otto-Ekkehard — Die Preisbindung der zweiten Hand, unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13.6.1952, Dissertation Nürnberg 1954

223) Roidl, Walter — Um das Schicksal der vertikalen Preisbindungen, in NJW 1957, S. 977

224) Rowedder, Heinz — Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in MDR 1958, S. 129 ff. u. 384 ff.

225) Rowedder, Heinz — Kartellrecht, Heidelberg 1954

226) Runge, Kurt — Urheber- und Verlagsrecht, Bonn, Hannover, Stuttgart 1953

227) Schlegelberger - Hildebrandt — Kommentar zum HGB, 3. Band, 3. überarb. u. erg. Aufl., Berlin-Frankfurt 1955

228) Schmitz, Werner — Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, in NJW 1957, S. 17o4 ff.

229) Schnorr v. Carolsfeld, Ludwig — Arbeitsrecht, 2. neub. Aufl., Göttingen 1954

23o) Schönke - Schröder — Strafgesetzbuch, Kommentar, 7. neub. Aufl., München-Berlin 1954

231) Schreier, Fritz — Aufgaben der Kartelljurisprudenz, in Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 18o. Band: Das Kartellproblem, I. Teil, herausgegeben von Emil Lederer, München-Leipzig 193o

232) Schwartz, Gustav — Meinungsstreit um die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen, in MA 1958, S. 5o5 ff.

233) Schwartz, Gustav — Kontrahierungszwang für preisbindende Markenartikelhersteller?, in MA 1958, S. 52 ff.

234) Schwartz, Gustav — Dürfen Markenartikelhersteller Wiederverkaufspreise festlegen, in MA 195o, S. 33o ff.

235) Schwenk, Edmund — Die Rule of Reason und die " per se " Regel im amerikanischen Antitrustrecht, in WuW 1957, S. 339 ff.

236) Schwenk, Edmund — Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag, in WuW 1958, S. 326 ff.

237) Seydel, Helmut — Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in NJW 1957, S. 1300 ff.

238) Seydel, Helmut — Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WRP 1957, S. 254

239) Sirch — Dekartellierungsrechtlich unzulässige Geschäftspraktiken, in Betriebsberater 1951, S. 879

240) Sölter, A. — Preisdisziplin und Dekartellisierung, in Der Betrieb 1951, S. 500

241) Sölter, A. — Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Der Betrieb 1957, S. 913

242) Sonderland, Max — Ausstrahlungen der Souveränität auf die Preisbindung der Markenartikel, in Der Betrieb 1956, S. 129 ff.

243) Stackelberg, Heinrich v. — Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, Bern-Tübingen 1951

244) Stahl, Hans — Ein Vorschlag zur Regelung von Preisempfehlungen im Kartellgesetz, in Der Betrieb 1952, S. 755 ff.

245) Staudinger, J.v. - Coing, Helmut — Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. neub. Aufl., Berlin 1954

246) Steindorff, Ernst — Das Verbot der Preisbindung für Markenartikel nach geltendem Recht, in Betriebsberater 1955, S. 1001

247) Stresemann, Wolfgang — Die Rechtsprechung des Kartellgerichts, Dissertation Erlangen, Dillingen 1929

248) Strickrodt, Georg — Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, in WuW 1957, S. 75 ff.

249) Strickrodt, Georg — Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, in NJW 1955, S. 169 ff.

250) Strickrodt, Georg — Verfassungskonforme Gesetzesauslegung im Kartellrecht (Teil I), in Der Betrieb 1959, S. 104 ff.

251) Tetzner, Heinrich — Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2. Aufl., Köln 1957

252) Tetzner, Heinrich — Vertikale Preisbindung, in JR 1954, S. 324 ff.

253) Trescher, Karl — Ausschluss der Warenrückvergütung durch vertikale Preisbindung?, in Betriebsberater 1959, S. 100 ff.

254) Turegg, Kurt Egon v. — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. neub. Aufl., Berlin 1954

255) Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz, Erläuterungen des Markenverbandes zu den §§ 15 bis 18, 25, 26, 34, 38 und 106, in MA 1957, S. 425 ff.

256) Vetsch — Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917

257) Wacke, Gerhard — Vom Kampf gegen die Gesetzesumgehung, in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1936, S. 110 ff.

258) Wagenführ, Horst — Kartellgesetzgebung in Deutschland, Nürnberg 1933

259) Wagner, Klaus — Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945, Dissertation Basel, Schopfheim 1956

260) Wahl, Eduard — Formprobleme des neuen Kartellgesetzes, in JZ 1958, S. 148 ff.

261) Waldeck, Hugo — Deutsches und internationales Kartellrecht, Berlin 1922

262) Wernicke, Kurt Georg — in Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950

263) Westrick, Klaus — Vertriebsbindungen bei Markenwaren, in WuW 1957, S. 757 ff.

264) Würdinger, Hans — Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe 1953

265) Würdinger, Hans — Institution des Wettbewerbs und deren Schutz, in WuW 1953, S. 721 ff.

266) Würdinger, Hans — Auswirkungen der Dekartellierung auf die Vertragspraxis der gewerblichen Wirtschaft, in GRUR 1949, S. 279

267) Würdinger, Hans — Kartelle und Justiz, in Der Betrieb 1953, S. 226 ff.

268) Würdinger, Hans — Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen, in MDR 1952, S. 129 ff.

269) Würdinger, Hans — Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, in WuW 1958, S. 5o3 ff.

27o) Würdinger, Hans — in Reichsgerichtsrätekommentar zum HGB, 2. Aufl., Berlin 1953

271) Zipfel, Walter — Preisrecht, Loseblattsammlung der wichtigsten Gesetze und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiete des Preisrechts und der landwirtschaftlichen Marktordnung, München-Berlin 1958

272) Das Bundesjustizministerium zum Verhältnis von Kartellrecht und UnlWG, in WuW 1956, S. 735 ff.

273) Debatte über die vertikale Preisbindung und über Kartell- und Konzentrationsfragen im Bundestag, in WuW 1958, S. 532

274) Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 1158, Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 2. Wahlperiode 1953, Bonn 1954/55

275) Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 3644, Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 2. Wahlperiode 1953, Bonn 1957.

Benutzte Zeitschriften:

Betriebsberater
Der Betrieb
Deutsche Rechtszeitschrift
Die öffentliche Verwaltung
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Juristenzeitung
Juristische Rundschau
Markenartikel
Monatsschrift für Deutsches Recht
Neue Juristische Wochenschrift
Süddeutsche Juristenzeitung
Wettbewerb in Recht und Praxis
Wirtschaft und Wettbewerb
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen.

I. Abschnitt

Rechtliche und wirtschaftliche Grundlegung

1. Kapitel: Stellung der vertikalen Preisbindungen innerhalb der Rechtsordnung

§ 1 : Der Rechtsbegriff der vertikalen Preisbindung und seine Bestimmung

I. Der Grundgedanke unserer gegenwärtigen staatlichen Wirtschaftspolitik kann in der Verwirklichung des Wettbewerbs durch die Rechtsordnung gesehen werden.[1)]

A. Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik, unter der wir im eigentlichen engeren Sinne jene verfassungsrechtlichen Normen verstehen wollen, die den Rahmen und die Formen für die Entfaltung der Wirtschaftskräfte festlegen [2)], hat in Gestalt der Grundrechte [3)] zwar die Voraussetzungen des freien Wettbewerbs in einer freien Marktwirtschaft geschaffen, jedoch diese dadurch noch nicht zum allein verfassungsgemässen Wirtschaftsprinzip und -system erklärt [4)].

---

1) Vgl. Ottel, Fritz: Kann die Gesetzgebung Wettbewerb schaffen?, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S. 71.

2) Vgl. Würdinger, Hans: Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Karlsruhe 1953, S. 3 ff.

3) Insbesondere durch Gewährung der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Artikel 2 GG und der Gewährleistung der Vereins- und Gesellschaftsfreiheit in Art. 9 GG, sowie der Berufsfreiheit in Art. 12 und der Garantie des Eigentums in Art. 14 GG.

4) Vgl. hierzu: Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht I. Band, 2. neub. Aufl., Tübingen 1953, S. 3o;
anders nur: Nipperdey, Hans Carl: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, in Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1954, S. 211 ff., der die soziale Marktwirtschaft als alleiniges dem Grundgesetz entsprechendes Wirtschaftssystem annimmt.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 [1] ist deshalb auch keine Befolgung eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gebotes, sondern Ausführung einer wirtschaftspolitischen Entscheidung zugunsten der Wirtschaftsordnung der freien Wettbewerbs- und Marktwirtschaft als eines tatsächlichen wirtschaftlichen Zustandes [2].

Die zentrale Bedeutung des Wettbewerbs innerhalb der Wirtschaftsordnung der freien Marktwirtschaft, deren Aufrechterhaltung und Sicherung das GWB dienen soll, bringt es mit sich, dass auch das GWB eine hervorgehobene Stellung innerhalb der wirtschaftsrechtlichen Normen einnimmt und in diesem Zusammenhang verschiedentlich als " Grundgesetz der Wirtschaft " [3] bezeichnet wird.

B. Um die wirtschaftliche Bedeutung des GWB und der in ihm begrifflich festgelegten Formen der Wettbewerbsbeschränkungen näher zu erfassen, ist ein Eingehen auf die wirtschaftliche Funktion des Wettbewerbs und des Preises innerhalb der Marktwirtschaft unerlässlich.

In der reinen Form freier Verkehrs- oder Marktwirtschaft [4] beruht die Erzeugung und Verteilung der Wirtschaftsgüter ausschliesslich auf den Grundsätzen des freien wirtschaftlichen Wettbewerbs unter einer unbeschränkten Vielzahl von Wirtschaftsindividuen, die weder innerwirtschaftlichen noch rechtlichen - sei es privaten oder staat-

---

1) BGBl I v. 9.8.1957, S. 1o81 ff., das im folgenden mit GWB abgekürzt ist.

2) Vgl. Würdinger, aaO, S. 5.

3) Es müsste genauer heissen: " Grundgesetz der Wirtschaftsordnung der freien Marktwirtschaft ".

4) Vgl. hierzu: Stackelberg, Heinrich v.: Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, Bern-Tübingen 1951, S. 343 ff. Eucken, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Aufl., Godesberg 1947, S. 127. Huber, Ernst Rudolf, aaO, S. 31. Die reine Form der freien Verkehrswirtschaft ist praktisch nur ein Denkmodell.

lichen - Bindungen unterworfen und versucht sind, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Mitbewerbers einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Infolge der Vielzahl der vorhandenen Marktteilnehmer auf der Angebot- und Nachfrageseite vermag der Einzelne mit seinem Marktanteil die Bildung des Marktpreises nicht entscheidend zu beeinflussen; vielmehr ist für ihn der Preis eine gegebene Grösse, die sich nach dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage automatisch auf die wirtschaftlich gerechtfertigte Höhe einspielt. Ein solcher, rein nach ökonomischen Gesetzen entstandener Marktpreis hat nach den Ergebnissen der Wirtschaftswissenschaft [1] folgende Vorzüge [2]: er regelt die Rangordnung des gesamtwirtschaftlichen Bedarfes am besten, denn er gibt die Nachfragewünsche des Konsumenten in seiner Höhe genau an die einzelnen Produktionsstufen weiter; er ermöglicht umgekehrt eine exakte Vermittlung der Knappheitsverhältnisse der Produktionsfaktoren durch sämtliche Produktionsstufen an die Haushalte.

Neben dieser Funktion des Rechnungs- und Steuerungsfaktors verwirklicht der unabhängige Marktpreisautomatismus zugleich eine wirtschaftlich leistungsgerechte Preisbildung, denn die Anbietenden handeln unter dem Druck des gegenseitigen Wettbewerbs und in dem Bemühen, durch möglichst gute Leistung und niedrige Preise die Gunst der Nachfragenden zu gewinnen und im Verhältnis zum unabhängigen Marktpreis einen möglichst hohen Differentialgewinn zu erzielen.

Dieses optimale Wirtschaftsergebnis kann jedoch nicht dadurch erzielt werden, dass man die Freiheit des Wett-

---

1) Vgl. S. 2, Anm. 4.

2) Auf die volkswirtschaftliche Begründung dieser Ergebnisse kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

bewerbs und der Marktpreisbildung innerhalb der freien Verkehrswirtschaft im Glauben an eine eigengesetzliche harmonische Ordnung sich selbst überlässt und einer staatlichen Einflussnahme fernhält. Vielmehr ist Voraussetzung einer gut funktionierenden freien Marktwirtschaft eine staatlich gesetzte Wettbewerbsordnung, die einen Missbrauch der wirtschaftlichen Freiheit durch übermässige wirtschaftliche Macht und die vertragliche Ausschaltung des freien Wettbewerbs verhindert [1].

Daraus resultiert die Aufgabe der heutigen Wirtschaftspolitik, den freien Wettbewerb innerhalb der Marktwirtschaft zu organisieren und mit marktkonformen Mitteln [2] eine funktionsfähige Marktwirtschaft zu ermöglichen. Aus der weiteren Abstimmung einer solchen freien Marktwirtschaft mit der geistigen und gesellschaftlichen Ordnung entsteht das Leitbild einer umfassenden sozialen Marktwirtschaft, die optimale wirtschaftliche Bedarfsdeckung und Ertragskraft mit sozialer Gerechtigkeit und Sicherheit in sich vereinigt [3].

Bei der Errichtung einer Wettbewerbsordnung wird weder von den Befürwortern der freien Marktwirtschaft in der Wirtschaftswissenschaft [4] noch von den massgeblichen Vertretern der staatlichen Wirtschaftspolitik [5] verkannt, dass die reine Form der freien Marktwirtschaft in Gestalt der vollständigen Konkurrenz in der Wirtschaftswirklich-

---

1) Müller-Armack, A.: Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg 1948, S. 95; Miksch, Leonhard: Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., Godesberg 1947, S. 55.

2) D.h. solchen wirtschaftspolitischen Massnahmen, welche die Funktion der marktwirtschaftlichen Gesamtordnung, insbesondere die Marktpreisbildung, nicht gefährden.

3) Vgl. Müller-Armack, aaO, S. 29 ff., 95.

4) Insbesondere den sogen. " Neoliberalen ", als deren vornehmlicher Repräsentant vor allem der verstorbene Walter Eucken zu nennen ist.

5) Vgl. die amtl. Begründung zum Entwurf des GWB, in WuW 1951/52, S. 432 ff.

keit kaum angetroffen wird, vielmehr unvollkommene Märkte und heterogene Konkurrenz zwischen nur wenigen Marktteilnehmern vorherrschen. Aus der Tatsache unvollkommener Märkte lässt sich allein jedoch nicht folgern, dass die Schaffung einer Wettbewerbsordnung nicht möglich oder nicht zweckmässig sei [1]. Wenn in den meisten Fällen der reine Leistungswettbewerb im theoretischen Sinne [2], der den Preis als unabhängige Grösse für die Marktteilnehmer voraussetzt und Preisstrategie ausschliesst, auch nicht hergestellt werden kann, so ist es Aufgabe der staatlichen Wirtschaftspolitik, durch Schaffung von Wettbewerbsbedingungen möglichst einen Zustand zu erreichen, als ob vollständige Konkurrenz bestünde [3]. Für den Erfolg einer freien Marktwirtschaft wird es deshalb nicht als erforderlich angesehen, dass sich auf allen Einzelmärkten die Marktform der vollständigen Konkurrenz durchsetzt; es genügt, auf jedem Markt soviel Wettbewerb herzustellen, wie im Wege des Erreichbaren möglich ist [4].

C. Aus dieser Zielsetzung einer staatlich festgelegten Wettbewerbsordnung ergibt sich, dass der Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen weiter gefasst werden muss als der Be-

---

1) Vgl. Wagner, Klaus: Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Westdeutschland nach 1945, Diss. Basel, Schopfheim 1956, S. 14.

2) Vgl. hierzu Preiser, Erich: Wettbewerbspreis und Kostenpreis, in Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1942, S. 118.

3) Vgl. Miksch, aaO, S. 21o, 218, 222 ff.

4) So Böhm, Franz: Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, Heft 14 der Schriftenreihe der Hochschule für politische Wissenschaften, München 1951, S. 38 ff.

griff der vollständigen Konkurrenz [1]. Der Gesetzgeber hat bislang im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere im GWB, nicht zum Ausdruck gebracht, was er unter Wettbewerb verstanden wissen will. Im Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik im Bundestag heisst es, dass unter " wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen " [2]. Diese generelle und weitfassende Auslegung des Wettbewerbsbegriffes baut ersichtlich auf der in der Rechtsprechung zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb entwickelten Definition auf, die unter Wettbewerb das Bestreben versteht, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu erweitern [3].

Nicht die Herstellung eines Idealzustandes der vollständigen Konkurrenz kann deshalb für eine Wettbewerbsordnung entscheidend sein, sondern die Herstellung eines aktiven Wettbewerbs, bei dem jeder Marktteilnehmer seine Marktposition gegenüber seinen Mitbewerbern im Wirtschaftskampf durch die verschiedenen Mittel des Wettbewerbs, so Preissenkung, Qualitätsverbesserung, Vergünstigung der Geschäftsbedingungen sowie sonstiger

---

1) Wenn auch die amtl. Begründung zum Entwurf des GWB, aaO, von der Marktform der vollkommenen Konkurrenz ausgeht. Vgl. hierzu: Borchardt, Knut - Fikentscher, Wolfgang: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktbeherrschung, in Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerl. Recht und Konkursrecht, 24. Heft, Stuttgart 1957, S. 1 ff., 14 ff.

2) Drucksache 3644, 2. Wahlperiode 1953, veröffentlicht bei Biedenkopf, Kurt - Steindorff, Ernst: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg 1957, S. 143.

3) Vgl. Lindenmaier, Fritz: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Wettbewerb, unter besonderer Berücksichtigung der Dekartellierungsvorschriften, in WuW 1953, S. 259 ff. Ebenso RGSt Bd. 58, S. 43o und BGH in WuW 1952, S. 855.

verkaufsfördernder Methoden [1] zu verbessern sucht [2]. Der im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu sichernde Wettbewerb kann damit nur ein volkswirtschaftlich ausgerichteter Leistungswettbewerb sein.

Der Begriff des Leistungswettbewerbs bedarf noch einer näheren Erörterung. Vielfach wurde versucht [3], dem Leistungswettbewerb diejenigen Wettbewerbstatbestände zuzurechnen, die in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen [3] und diesem den Behinderungswettbewerb gegenüberzustellen [4]. Der Gegensatz zum Leistungswettbewerb ist jedoch nicht allein der Behinderungswettbewerb, sondern der Nichtleistungswettbewerb schlechthin. Auch kann das Begriffsmerkmal der " eigenen " Leistung die Abgrenzung zum Nichtleistungswettbewerb nicht erbringen, da eine klare Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Unternehmensleistungen weder durchführbar ist noch sachlich gerechtfertigt wäre. Leistungswettbewerb kann auch nicht ohne weiteres mit erlaubtem oder lauterem Wettbewerb gleichgesetzt werden [5], selbst wenn man annimmt, dass ein vom Gesetz missbilligter Wettbewerb, insbesondere der unlautere Wettbewerb,

---

1) Vgl. Philipps, Charles: Vorteile und Risiken des freien Wettbewerbs, in Die Kartelle und Verbände in unserer Zeit, Schriftenreihe des Genossenschaftsinstituts im " Grüene " Bd. 1, Zürich 1956, S. 15.

2) Vgl. auch Meister, Jürg: Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Diss. Zürich, Aarau 1954, S. 19 ff., 36 ff., sowie die Definition von Borchardt - Fikentscher, aaO, S. 15.

3) Vgl. Böhm, Franz: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 73; Nipperdey, aaO, S. 577 und RGZ Bd. 134, S. 342 ff.

4) D.h. solche Wettbewerbstatbestände, die nur eine Behinderung der Mitbewerber herbeiführen, um dadurch freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen, vgl. RGZ Bd. 134, S. 342 ff.

5) Vgl. Anm. 3 und BGH in WuW 1955, S. 264.

keinen Leistungswettbewerb darstellt [1]. Denn nicht jeder erlaubte Wettbewerb beruht auf leistungsfördernden Elementen, er kann ebenso einem Missbrauch wirtschaftlicher Macht dienen [2].

Aus diesen begrifflichen Erörterungen ergibt sich, dass der Leistungswettbewerb auf gesamtwirtschaftlichen [3] Erwägungen gegründet sein muss. Leistungswettbewerb kann als Mittel bezeichnet werden, das notwendig zu einer volkswirtschaftlichen Leistungssteigerung führt. In dem Bestreben, dem wirtschaftlichen Erfolg der vollständigen Konkurrenz soweit wie möglich nahe zu kommen, sollen hier deshalb nur diejenigen erlaubten Wettbewerbshandlungen als solche des Leistungswettbewerbs angesehen werden, die bemüht sind, für die Bedarfsdeckung der Volkswirtschaft die bestmöglichen Waren zu niedrigsten Preisen und günstigsten Geschäftsbedingungen zu erbringen [4]. Was im einzelnen auf Grund der konkreten Marktkonstellationen für die verschiedenen Waren als leistungsfördernd für die Gesamtwirtschaft anzusehen ist, richtet sich nach den jeweiligen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Einzelfalles und wird im Laufe der Entwicklung durch Rechtsprechung und Schrifttum noch systematisch erfasst werden müssen [5].

Aus der Definition des Wettbewerbs folgt zugleich auch die rechtliche Bestimmung der Wettbewerbsbeschränkung als eine - sei es auf rechtlichen oder tatsächlichen

---

1) Vgl. Benisch, Werner: Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, in WuW 1955, S. 421 ff. Eine sittenwidrige Preisunterbietung ist auch dann kein Leistungswettbewerb, wenn sie für den Verbraucher preisgünstig erscheint.

2) So meist der Behinderungswettbewerb.

3) Nicht etwa, was nur eine Wirtschaftsstufe auf Kosten der anderen als preisgünstig ansieht.

4) Vgl. auch die Definition von Rasch, Harold: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Komm., Herne, Berlin 1957, zu § 1, S. 36.

5) Vgl. Benkendorff, Gerhard: Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, in WuW 1958, S. 416 ff.

Gründen beruhende - Verhinderung, Beseitigung oder wesentliche Verringerung des selbständigen Wettbewerbsstrebens und seiner objektiven Voraussetzungen, so der Möglichkeit, sich durch Bereitstellen günstiger Geschäftsbedingungen einen wirtschaftlichen Vorteil auf dem Markt zu verschaffen [1].

D. Unter den Arten des Wettbewerbs ist der Preiswettbewerb [2] wegen der unentbehrlichen Steuerungsfunktion des Preises in der Wirtschaft das bei weitem wichtigste Wettbewerbselement. Gegenüber dem Preiswettbewerb gewährleisten die anderen Arten des Wettbewerbs, insbesondere die häufig auftretenden Surrogatformen des Wettbewerbs, so der Qualitätswettbewerb, die Konkurrenz in Service-Leistungen, der Verpackungs- und Reklamewettbewerb in weit geringerem Masse die Ausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit nach dem ökonomischen Prinzip [3].

Eine Beschränkung des Preiswettbewerbs beeinträchtigt am schärfsten die freie Marktpreisbildung. Dies bedeutet vom Standpunkt der Befürworter einer freien Marktwirtschaft aus eine Beeinträchtigung der optimalen Steuerung der Volkswirtschaft und trägt zur Preiserstarrung, d.h. mangelnden Anpassungsfähigkeit der Wirtschaft an die veränderte Marktlage bei.

Als charakteristische Form der Beschränkungen des Preiswettbewerbs können die Preisbindungen angesehen werden [4]. Preisbindungen stellen Vereinbarungen oder einseitige

---

1) Vgl. hierzu auch Borchardt - Fikentscher, aaO, S. 26 ff. Unter Geschäftsbedingungen sind hierbei im weitesten Sinne auch die Preise und Qualitäten der Wirtschaftsgüter zu verstehen.

2) Vgl. Lutz, Hans: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in NJW 1957, S. 1297 ff.

3) Vgl. Schmitz, Werner: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, in NJW 1957, S. 1706.

4) Eine andere Frage ist die volkswirtschaftliche Nützlichkeit von Preisbindungen, die sich im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterschiedlich auswirken kann.

Auflagen seitens Wirtschaftssubjekte gleicher oder verschiedener Wirtschaftsstufen über die Gestaltung und Festsetzung der Marktpreise für bestimmte Güter oder gewerbliche Leistungen dar, die entweder kraft rechtsgeschäftlicher Verpflichtung oder auf Grund tatsächlicher Verhältnisse zur Entstehung gelangen [1]. Das Wesen der Preisbindung kann nicht nur in einem Rechtsakt gesehen werden, wie Mellerowicz [2] meint; Preisbindungen können ebenso durch tatsächliche, insbesondere wirtschaftliche Bindungen [3] erzeugt werden.

Preisbindungen haben zur Folge, dass eine freie automatische Marktpreisbildung auf bestimmten Wirtschaftsstufen auf Grund der untereinander im wirtschaftlichen Wettbewerb stehenden Anbieter und Nachfragenden ausgeschaltet wird, und der Marktpreis damit der Disposition einzelner oder mehrerer Wirtschaftssubjekte unterliegt.

II. Die einzelnen Arten der Preisbindungen haben entsprechend ihrer unterschiedlichen Funktion und Bedeutung im Wirtschaftsleben auch seit jeher im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine unterschiedliche Behandlung erfahren [4]. Wenn man von der mannigfaltigen Ausgestaltung der einzelnen Preisbindungen absieht, die hier nicht interessieren können, zeichnen sich zwei wesentliche Unterscheidungsmerkmale ab, die einmal die horizontalen von den vertikalen Preisbindungen und zum anderen die autonomen von den heterogenen

---

1) Vgl. zu diesem Versuch einer allgemeinen Definition die §§ 1, 15 und 16 GWB und die Begriffsbestimmung bei Huber, Ernst Rudolf, aaO, S. 296.

2) Vgl. Mellerowicz, Konrad: Markenartikel - die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, Berlin und München 1955, S. 53.

3) Vgl. hierzu § 16 Abs. 1 GWB, der von rechtlichen oder wirtschaftlichen Preisbindungen spricht, die allerdings auch ausserhalb rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen erfolgen können.

4) Vgl. den rechtshistorischen Teil der Arbeit S. 31 ff.

Preisbindungen trennen.

Während horizontale Preisbindungen ausschliesslich zwischen Wirtschaftssubjekten der gleichen Wirtschaftsstufe erfolgen [1] - hauptsächlichstes Anwendungsgebiet sind die Kartelle [2] - und damit den Wettbewerb zwischen auf denselben Märkten konkurrierenden Unternehmen beschränken, spielen sich die vertikalen Preisbindungen zwischen Wirtschaftssubjekten verschiedener Wirtschaftsstufen ab, wobei normalerweise die Angehörigen der vorhergehenden Wirtschaftsstufe die Beteiligten der nachgeordneten Wirtschaftsstufe hinsichtlich der Wiederverkaufspreise binden [3].

Von dieser Unterscheidung nach der Markt- und Wirtschaftsstufenzugehörigkeit der Parteien ist die Gegenüberstellung in heterogene und autonome Preisbindungen, die sich nach der Organisationsform der Parteien richtet, zu trennen. Heterogene Preisbindungen setzen eine Gesellschaft oder zumindest ein gesellschaftsähnliches Verhältnis zwischen den an der Preisbindung Beteiligten voraus, sei es auf seiten einer Partei [4] oder zwischen den beiden Parteien des Preisbindungsverhältnisses [5], wobei allerdings der Begriff des gesellschaftsähnlichen Verhältnisses bisher einer eindeutigen Bestimmung und Abgrenzung noch nicht zugeführt worden ist [6]. Man kann jedoch solche gesellschaftsähnliche Übereinkommen für

---

1) mithin Unternehmen, welche die gleichen oder gleichartige Produkte liefern oder abnehmen.

2) Vgl. Liefmann, Robert: Kartelle, Konzerne und Trusts, 8. umgearb. und erw. Aufl., Stuttgart 1930, S. 9 ff.

3) Vgl. u.a. Röper, Burkhardt: Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, Tübingen 1955, S. 16, 21.

4) wenn etwa ein Kartell vertikale Preisbindungen vereinbart.

5) Der Ausdruck Vertrag wäre in diesem Falle zu eng, da er nur rechtsverbindliche Preisbindungen umfassen würde.

6) Vgl. Klinger, Hans: Die Rechtsprechung des Kartellgerichts, Heft 2, Berlin 1934, S. 6 ff.

das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen dann annehmen, wenn eine längere gewollte Interessenverknüpfung zwischen den Parteien vorliegt und sich damit aus den ähnlichen Interessen die rechtsähnliche Heranziehung einzelner Vorschriften des Gesellschaftsrechts rechtfertigt.

Demgegenüber stellen die autonomen oder auch individuellen Preisbindungen nur Übereinkommen zwischen einzelnen selbständigen Wirtschaftssubjekten dar, selbst wenn eine Vielzahl solcher Einzelübereinkommen mit gleichem Inhalt von einem Unternehmen abgeschlossen wird [1]; entscheidend bleibt die rechtliche Individualität der Übereinkommen.

Die Bereiche dieser beiden Unterscheidungsarten überschneiden sich in der Wirtschaftswirklichkeit. Horizontale Preisbindungen werden normalerweise [2] zugleich heterogene Preisübereinkommen beinhalten, die auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet sind, während autonome Preisvereinbarungen nahezu ausschliesslich vertikal ausgerichtet sind [2]. Als dritte Kombination kommen im Wirtschaftsleben häufiger noch die heterogenen vertikalen Preisbindungen [3] vor.

III. Die vertikalen Preisbindungen sind in ihren Formen, Funktionen und Auswirkungen im Vergleich zu den horizontalen Absprachen, insbesondere den Kartellen, von der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft erst verhält-

---

1) Man denke an die noch zu erörternden Reverssysteme.

2) Obwohl auch horizontale autonome Preisbindungen ausnahmsweise denkbar sind.

3) Etwa zwischen Markenschutzverbänden als Vereinigungen von Markenartikelherstellern und den einzelnen Handelsunternehmen: für sie wird auch der Ausdruck der kollektiven vertikalen Preisbindung gebraucht.

nismässig spät erfasst worden [1]. Ihr Hauptanwendungsgebiet ist der Markenartikelsektor [2].

Das Wesen der vertikalen Preisbindungen ergibt sich aus der Legaldefinition des § 15 GWB; es ist darin zu sehen, dass Unternehmen die Abnehmer ihrer Waren oder gewerblichen Leistungen dahingehend binden, bei der Weiterveräusserung bestimmte Preise zu vereinbaren und ihren Abnehmern wiederum die gleiche Bindung bis zur Weiterveräusserung an den letzten Verbraucher aufzuerlegen.

Die Begriffsbestimmung für diese Art von Preiswettbewerbsbeschränkung in vertikaler Richtung als " vertikale Preisbindung " hat sich in der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Literatur bislang noch nicht eindeutig durchgesetzt, wenn sie auch immer mehr an Boden gewinnt [3]. Die früher übliche Bezeichnung als " Preisbindung zweiter Hand " , wie sie auch im § 3 der Preisbindungsverordnung vom 23.11.194o aufgeführt ist [4], kann jedoch nicht als zutreffend angesehen werden, da hierunter wortgemäss nur die Bindung der ersten vertikalen Verteilerstufe verstanden werden kann. Die weitere Bindung der nachfolgenden Verteilerstufe, deren Anzahl von der Produktion über den Gross-, Zwischen- und Einzelhandel zum Verbraucher vielfältig sein kann und im Wirtschaftsleben häufig vorkommt, also die

---

1) Der Beginn der Untersuchungen als Problem der Wettbewerbsbeschränkung liegt wohl in der Zeit der Wirtschaftskrise. Vorher erlangten die vertikalen Preisbindungen nur als Preisschutzsysteme im unlauteren Wettbewerb Bedeutung, vgl. für den Buchhandel: Runge, Kurt: Urheber- und Verlagsrecht, Bonn, Hannover, Stuttgart 1953, S. 517 ff.

2) Vgl. Röper, aaO, S. 21, 46 ff.

3) Vgl. Röper, aaO; Mellerowicz, aaO, S. 53 ff.; dagegen: Gabriel, Siegfried: Zur Preisbindung der zweiten Hand, in WuW 1954, S. 683 ff.; siehe auch KG in NJW 1954, S. 35o und OLG Hamm in MA 1954, S. 461.

4) RGBl I 194o, S. 1573.

Preisbindung " dritter und weiterer Hand ", bleibt bei dieser Definition unberücksichtigt. Zwar kann man auch bei dem Begriff der vertikalen Preisbindung im Einzelfall nicht erkennen, bis zu welcher Wirtschaftsstufe die Preisbindung erfolgt; dieser Begriff stellt jedoch eine Zusammenfassung aller Preisbindungen in vertikaler Richtung dar, die in Anbetracht der eigenständigen Bedeutung dieser Art der Wettbewerbsbeschränkung für unbedingt erforderlich gehalten wird.

Die Erscheinungsformen und Funktionen der vertikalen Preisbindungen sind mannigfaltig. Die vertikale Preisbindung kann vom Hersteller oder Handel hinsichtlich seiner eigenen Erzeugnisse erfolgen, sie kann jedoch auch, was allerdings seltener vorkommt [1], für Waren oder gewerbliche Leistungen Dritter vorgenommen werden, insbesondere wenn das preisbindende Unternehmen ein eigenes Interesse etwa durch Lieferung der Rohstoffe oder Halbfertigwaren hat. Im Normalfall wird jedoch die Bindung des Wiederverkaufspreises durch Hersteller für eigene Erzeugnisse [2] stattfinden. Die vertikale Preisbindung erfolgt vornehmlich bei Waren des Massenkonsums, weniger bei Halbfertigfabrikaten und individuell hergestellten Gütern.

Die allgemeine wirtschaftliche Funktion der vertikalen Preisbindung liegt darin, dass durch die Preisfestsetzung für die nachfolgenden Wirtschaftsstufen, insbesondere den Handel, hinsichtlich bestimmter Waren oder gewerblicher Leistungen der Preiswettbewerb [3] ausgeschaltet wird. Gewöhnlich sind zugleich die Rabatte für die preisgebundenen Erzeugnisse in den einzelnen

---

1) Z.B. wenn die Hersteller von Fussbodenbelägen feste Preise für das Verlegen der von ihnen gelieferten Beläge vorschreiben.

2) Es kann sich hierbei nicht nur um Kaufverträge, sondern auch um Miet- und Pacht-, sowie Dienstleistungsverträge handeln.

3) Vgl. Hoppmann, Erich: Vertikale Preisbindung und Handel, in Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 29, Berlin 1957, S. 15.

Verteilerstufen gebunden. Die Ausschaltung der Preiskonkurrenz hinsichtlich bestimmter Waren schliesst nicht aus, dass zwischen den einzelnen preisgebundenen gleichartigen Erzeugnissen verschiedener Hersteller auf der horizontalen Ebene Preiswettbewerb herrschen kann [1]. Ein solcher Preiswettbewerb stellt meist eine unvollkommene Konkurrenz unter Substitutionsgütern dar [2], da die einzelnen preisgebundenen Güter, insbesondere die Markenwaren, infolge der Produktdifferenzierung Güter eigener Art sind und sich nur bis zu einem gewissen Grade ersetzen können. Den nachfolgenden Wirtschaftsstufen verbleibt dann die Wahl zwischen den verschiedenen gleichartigen Gütern [3].

Aus der Beseitigung des Preiswettbewerbs auf den Verteilerstufen ergibt sich zugleich die absatzwirtschaftliche Bedeutung der vertikalen Preisbindung; es besteht hinsichtlich der preisgebundenen Ware nur noch ein Markt, auf dem sich das preisbindende Unternehmen und der letzte Abnehmer direkt begegnen [4].

Die wirtschaftlichen Gründe für die Einführung der vertikalen Preisbindung sind bei den beteiligten Wirtschaftsstufen verschiedenartig. Auf der Herstellerseite steht das Bestreben, durch Koppelung von gleichbleibender Qualität und festem Wiederverkaufspreis unter intensiver Werbung gegenüber dem Verbraucher eine optimale Absatzgestaltung zu erreichen und durch ein einheitliches Preisniveau Preisschleuderei und Preisüberhöhungen zu verhindern.

Der Handel ist vielfach, ja überwiegend der Initiator der Einführung der vertikalen Preisbindung gewesen [5], da er an festen und sicheren Handelsspannen interessiert

---

1) falls nicht die Hersteller gleichartiger Waren in einem Kartell zusammengefasst sind.

2) Vgl. Röper, aaO, S. 128 ff.

3) Über die Abgrenzung des Begriffes der Gleichartigkeit vgl. S. 182 ff.

4) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 37.

5) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 96.

ist; zwar wird der Handel auf andere Formen des Wettbewerbs beschränkt, damit vermindern sich jedoch die Kosten beim Verkauf der Waren.

In Verbraucherkreisen spricht die vertikale Preisbindung an, wenn es sich um Markenwaren mit gleichbleibender Qualität handelt, die zu festen Preisen verkauft werden. Oftmals wird durch intensive Werbung ein " Markenbewusstsein " hervorgerufen, das in keinem angemessenen Verhältnis zur Qualität und Preislage steht.

Die vertikalen Preisbindungen unterscheiden sich, wie bereits ausgeführt, in solche heterogener und autonomer Art. Beide Arten verbindet zunächst die Gemeinsamkeit des vertikalen Elementes innerhalb der Wettbewerbsbeschränkungen. Als die typische Art vertikaler Preisbindung wird jedoch im folgenden die autonome Preisbindung gewürdigt werden. Die heterogenen Formen weisen hingegen Besonderheiten auf, die zu Kollisionen mit dem Recht gegen horizontale Wettbewerbsbeschränkungen [1] führen können, wie noch zu zeigen sind wird.

IV. Die Frage der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen, die sich im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus dem Gesichtspunkt der Herstellung und Sicherung des Wettbewerbs stellt, ist zu unterscheiden von der Wirksamkeit solcher Preisbindungen als Preisschutzsysteme gegen unlauteren Mitbewerbern, die sich nach den Vorschriften des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb richtet.

Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen ist nur eine, und zwar die zuerst zu untersuchende Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der Preisbindungen als Preisschutzsysteme nach §§ 1 ff. UWG [2] gegenüber den unlauteren Mitbewerbern.

---

1) So im GWB zu den Kartellbestimmungen der §§ 1 ff.

2) Über das Verhältnis des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) vgl. S. 18 f.

Die weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit ist in Lückenlosigkeit und Gleichmässigkeit der ein- und durchgeführten Preisbindungen für eine Ware oder gewerbliche Leistung zu sehen [1].

V. Die vertikale Preisbindung ist, da sie den zentralen Wettbewerbsfaktor Preis betrifft [2], wohl die wichtigste, aber nicht die einzige vertikale Wettbewerbsbeschränkung.

Als weitere mögliche Wettbewerbsbeschränkungen in vertikaler Richtung, die auch im Einzelfalle mit Preisbindungen zusammentreffen können, sind zu erwähnen: die Beschränkung der allgemeinen Geschäftsbedingungen [3], d.h. der Freiheit in der Gestaltung der Art und Weise der Abwicklung der Geschäfte, insbesondere der Lieferung und Zahlung; weiter die Vertriebsbindungen [4], welche die Abnehmer in der Freiheit der Verwendung von gelieferten oder anderen Waren beschränken; die Bezugs- und Absatzbindungen, welche die Abnehmer darin beeinträchtigen, bestimmte Waren von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben; schliesslich die Ausschliesslichkeitsklauseln, die Wirtschaftssubjekte dazu veranlassen, bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit einem bestimmten Vertragspartner vorzunehmen.

Ausser diesen allgemein bekannten Formen kann man die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen weiter auf jede Beseitigung, Verhinderung oder Beschränkung des Wettbewerbs hinsichtlich der einzelnen Wettbewerbsfaktoren

---

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kurzkomm., 8. völlig neub. Aufl., München-Berlin 1960, zu § 1 UWG, Anm. 237. Reimer, Eduard: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Systematischer Kommentar, 3. neub. und erw. Aufl., Köln-Berlin 1954, S. 569.

2) Vgl. S. 3 ff.

3) Sie ist im GWB zusammen mit der Preisbindung in § 15 verboten.

4) Vgl. Rittner, Fritz: Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957, S. 13, 47.

ausdehnen: Qualität, Service-Leistungen, Reklame, Verpackung usw. Zwar haben solche Beschränkungen auf Nebengebieten des Wettbewerbs für sich kaum eine eigenständige Bedeutung [1], sie verdienen aber dann Beachtung, wenn sie in sogen. Koppelungsverträgen mit Preisbindungen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen verbunden werden.

§ 2 : Die Abgrenzung der vertikalen Preisbindungen zu anderen Rechtsgebieten

Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen beurteilt sich, da es sich um privatrechtliche Beschränkungen des Wettbewerbs handelt, nach dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Aus diesem Grunde erscheint es angebracht, eine Abgrenzung zu den verwandten Rechtsgebieten des unlauteren Wettbewerbs und des Preisrechts vorzunehmen.

I. Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht gegen unlauteren Wettbewerb beruhen auf der gemeinsamen Grundlage der Wettbewerbsfreiheit, sie sind beide Ausdruck der gleichen Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft [2]. Verschieden sind jedoch ihre Schutzgegenstände und Wirkungsbereiche, ihre einzelnen Tatbestände und Zielsetzungen.

Während das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Schutz des Wettbewerbs als Institution bezweckt, bekämpft das Recht gegen unlauteren Wettbewerb die individuelle Verletzung der Wettbewerbsspielregeln, enthält also keinen Institutionsschutz, sondern einen Individual-

---

1) Sie haben im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch keine selbständige Berücksichtigung gefunden.

2) Vgl. Mueller, Rudolf : Kartelle gegen unlauteren Wettbewerb?, in NJW 1950, S. 801 ff. Ebenso BGH in GRUR 1954, S. 344.

schutz der Mitbewerber [1]. Die Wettbewerbsfreiheit ist nur im Rahmen eines lauteren Wettbewerbs [2] möglich [3].

Aus der Verschiedenheit der Schutzgegenstände und Zielsetzungen folgt, dass nicht jede nach dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs gleichzeitig eine rechtswidrige Massnahme unlauteren Wettbewerbs ist und umgekehrt. Die Wirkungsbereiche der Rechtswidrigkeit beider Rechtsgebiete überschneiden sich vielmehr teilweise.

Das Verhältnis beider Rechtsgebiete wird deutlich durch die Gegenüberstellung von Preisbindung und Preisunterbietung. Preisunterbietungen dienen allgemein der Förderung des Wettbewerbs als Institution und sind als solche nicht unlauter; nimmt ein Kartell aber eine planmässige Preisunterbietung zur wirtschaftlichen Existenzvernichtung eines Aussenseiters vor, so verstösst diese Massnahme gegen die Vorschriften beider Rechtsgebiete; wird eine vertikale Preisbindung bei Markenartikeln durchgeführt, so ist die Preisunterbietung eines Händlers zwar nach dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen zulässig, jedoch unlauter bei Wirksamkeit des Preisbindungssystems. Kollektiv vorgenommene Preisunterbietungen sind regelmässig lauter, können aber Wettbewerbsbeschränkungen darstellen.

Die vertikalen Preisbindungen unterliegen demnach in beiden Rechtsgebieten einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung, je nachdem, ob man sie als Beschränkung der Institution Wettbewerb oder als individuelle Kampfmethode des Wettbewerbs betrachtet.

---

1) Vgl. Würdinger, Hans: Freiheit der persönlichen Entfaltung, aaO, S. 16. Es bleibt allerdings zu untersuchen, wie weit einzelne Normen des GWB auch einen Individualschutz enthalten.

2) Über die Problematik der Vereinbarungen zur Sicherung lauteren Wettbewerbs vgl. S. 134 ff.

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO, zum UWG, Allgemeines, Anm. 32; BGHZ Bd. 5, S. 71.

II. Das System der eben behandelten Wettbewerbsbeschränkungen und individuellen Wettbewerbsmassnahmen beruht auf privatrechtlicher Grundlage; demgegenüber sind die öffentlich-rechtlichen Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit und den Preisautomatismus [1], insbesondere durch das staatliche Preisrecht [2], zu unterscheiden. Solche hoheitlichen Wettbewerbsbeschränkungen haben gegenüber entsprechenden privatrechtlichen Massnahmen auf dem gleichen Gebiete den Vorrang, sie schränken damit zugleich den Anwendungsbereich des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein [3].

Die öffentlich-rechtlichen Preisbindungen sind zwar in der gegenwärtigen Marktwirtschaft nach Möglichkeit eingeschränkt [4], sie bestehen jedoch nach wie vor aus sozialstaatlichen Grundsätzen auf wichtigen Wirtschaftsgebieten, insbesondere auf dem Verbrauchsgütersektor: Getreide und Futtermittel, Milch und Milcherzeugnisse, Zucker [5] und bei Wohnungen. Hierbei kann es vorkommen, dass zwar - wie im Tabakgewerbe - der Endverkaufspreis staatlich festgesetzt ist [6], bei der Hersteller- und Grosshandelsstufe auf dem Teilgebiet der Zigarettenbranche jedoch privatrechtliche Preisbindungen möglich sind, die nach dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen beur-

---

1) Sie stellen für die Marktwirtschaft systemfremde Massnahmen dar, die bei zunehmender Wirtschaftslenkung immer mehr Bedeutung gewinnen.

2) Vgl. hierzu im einzelnen: Zipfel, Walter: Preisrecht, Sammlung der wichtigsten Gesetze und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiete des Preisrechts und der landwirtschaftlichen Marktordnung, München und Berlin 1958, Einführung.

3) Abgesehen davon, dass auch erhebliche Wirtschaftsbereiche aus der Anwendung des GWB herausgenommen werden können, vgl. die §§ 99 ff. GWB.

4) Vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO, 2. Abschn., Preisrecht, Anm. 3, S. 6o5.

5) Vgl. hierzu Zipfel, aaO, und die darin aufgeführten einschlägigen Gesetzesbestimmungen.

6) Vgl. die §§ 3, 28 Tabaksteuergesetz vom 6.5.1953 (BGBl I,S. 169) i.d.F. v. 3o.3.1954 (BGBl I, S. 385).

teilt werden.

Die öffentlich-rechtlichen Preisbindungen sind Teil der staatlichen Wirtschaftslenkung; sie sind demnach in ihrem Wesen und Problemkreis von den privatrechtlichen Preisbindungen so verschieden, dass sie in dieser Arbeit ausser Betracht bleiben müssen.

§ 3 : Vertikale Preisbindungen kraft rechtsgeschäftlicher Verpflichtung

Vertikale Preisbindungen, die ja notwendig den Charakter des Verbindlichen, das Gebot des Befolgtwerdens in sich tragen, werden wohl überwiegend in der Form des rechtsverpflichtenden Vertrages gefasst, denn nur auf diese Weise erlangt die Preisbindung den Preisschutz der Rechtsordnung [1]. Die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Preise, die meist einseitig die Abnehmer der Waren oder gewerblichen Leistungen betrifft, ist in drei Formen möglich.

I. Einmal kann es sich um reine Einzelabsprachen [2] zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen handeln, indem im jeweiligen Liefervertrag eine Preisfestsetzung vorgenommen wird. Diese Form wird jedoch im Wirtschaftsleben nur dann vorkommen, wenn auf der Abnehmerseite eine monopolartige Situation vorliegt oder aber die Abnehmer in einem Kollektiv, etwa in einem Interessenverband zusammengeschlossen sind, der als alleiniger Vertragspartner auftritt. Befinden sich hingegen auf der Abnehmerseite eine grössere Anzahl von Marktbeteiligten [3], die nicht verbandsmässig zusammengeschlossen sind, so würden jeweils individuelle Einzelabsprachen kein wirksames Preisbindungs-

---

1) Insbesondere nach §§ 1 ff. UWG.

2) Die Einzelabsprache ist nicht identisch mit der autonomen Preisbindung, sondern nur eine von deren rechtstechnischen Ausführungsformen.

3) Das dürfte in der Praxis der Normalfall sein.

system ermöglichen können [1].

Die Rechtspraxis verwirklicht deshalb die vertikalen Preisbindungen durch Einführung von Reversen und Aufnahme in die allgemeinen Geschäftsbedingungen.

II. Beim Reverssystem binden die Lieferanten die Abnehmer der nachfolgenden Wirtschaftsstufen durch ein System gleichlautender Verpflichtungsscheine, die sogen. Reverse, hinsichtlich einer Ware bestimmte Preise einzuhalten, die meist in sogen. Bruttopreislisten unter Einbezug bestimmter Rabatte festgelegt sind. In diesen Reversen befinden sich oft neben der Preiseinhaltung noch andere Verpflichtungen wettbewerbsbeschränkender Art. Die Reverse werden von den einzelnen Abnehmern unterzeichnet und dem Lieferanten zwecks Nachweises der Preisbindung zurückgegeben [2]. Die zwischen Einzelunternehmen durchgeführten Preisbindungen werden als autonome Reverssysteme bezeichnet gegenüber den Verbands- oder Kartellreversen, wo auf der einen Seite eine Interessenvereinigung auftritt.

III. Die Preisbindungsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen beruht im Gegensatz zu den Reversen nicht auf einem selbständigen Verpflichtungsgeschäft, sondern wird dadurch Teil des einzelnen Liefervertrages, dass sich der Abnehmer den allgemeinen Geschäftsbedingungen als normativer Rechtsordnung unterwirft.[3] Da diese Unterwerfung vertraglicher Natur ist, gelten die allgemeinen Voraussetzungen über die rechtliche Gültigkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen innerhalb eines Einzelvertrages auch für diese Preisbindungsklausel [4]. Auf diese allgemein

---

1) Hinzu kommt, dass der Nachweis der Preisbindungen erschwert wird.

2) Vgl. u.a. Baumbach-Hefermehl, aaO, zu § 1 UWG, Anm. 232.

3) Vgl. hierzu BGHZ Bd. 9, S. 3 ff. Raiser, Ludwig: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.

4) Baumbach-Hefermehl, aaO, Anm. 234.

schuld- und handelsrechtlichen Fragen [1] der Wirksamkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen soll im einzelnen im Rahmen dieser Arbeit nicht mehr eingegangen werden.

Es ist durchaus möglich, dass die geschilderten rechtstechnischen Formen vertikaler Preisbindungen in den Rechtsbeziehungen eines Lieferanten gegenüber den nachfolgenden Wirtschaftsstufen zweckmässig nebeneinander angewendet werden können [2].

§ 4 : Vertikale Preisbindungen kraft tatsächlicher Massnahmen

Die vertikalen Preisbindungen in der Wirtschaftspraxis erschöpfen sich jedoch nicht in solche, welche die Preiseinhaltung rechtsverbindlich festlegen. Von grosser Bedeutung sind die nicht rechtsverbindlichen, sondern tatsächlichen Preisbindungen, die auch im bisherigen Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine beachtliche Rolle gespielt haben [3].

I. Die Bindung der Wirtschaftssubjekte an bestimmte Preise für bestimmte Waren oder gewerbliche Leistungen wird nicht durch rechtliche Verpflichtung, sondern durch tatsächliche Massnahmen des bindenden Unternehmens herbeigeführt.

---

1) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt, Komm. zum HGB, 3. Bd., 3. überarb. u. erg. Aufl., Berlin und Frankfurt 1955, zu § 346, Anm. 25 ff.

2) So z.B. für Stammkundschaft Reverse und für neu hinzugekommene oder Gelegenheitskundschaft zunächst allgemeine Geschäftsbedingungen: vgl. Rösing, Otto-Ekkehard: Die Preisbindung der zweiten Hand unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13.6.1952, Diss. Nürnberg 1954, S. 58.

3) als wirtschaftliche Bindungen und Umgehungshandlungen der rechtsverpflichtenden Preisbindungen, vgl. S. 33 ff. und Mayer-Wegelin, Heinz: Die Empfehlung im Sinne des § 38 II, in Der Betrieb 1958, S. 187 ff.

Diese tatsächlichen Massnahmen können entweder in Verträgen enthalten sein, dann handelt es sich ebenso wie bei rechtsverpflichtenden Preisbindungen um vertragliche Preisbindungen. Sie können aber auch auf ausservertraglichem Wege erfolgen, etwa im Wege der tatsächlichen Geschäftsverbindung festgelegt werden; in diesen Fällen sind sie als ausservertragliche oder rein tatsächliche Preisbindungen zu bezeichnen [1]. Immer bewirken die tatsächlichen Massnahmen des bindenden Unternehmens - seien sie vertraglich oder ausservertraglich - die gleichen Folgen bezüglich der Wettbewerbsfreiheit wie beim Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung. Ob die Nichteinhaltung bestimmter Preise für die gebundenen Wirtschaftssubjekte zur rechtlichen Durchsetzung und dadurch zu materiellen Folgen führt oder unmittelbare wirtschaftliche Wirkungen mit sich bringt, bildet für die Beurteilung der wettbewerblichen Verhaltensweise des bindenden Unternehmens und seine Auswirkung auf die Wettbewerbsfreiheit der gebundenen Unternehmen keinen materiell erheblichen Unterschied.

Tatsächliche Preisbindungsmassnahmen können innerhalb des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zusammenlebens mannigfaltig sein. Sie tragen jedoch vornehmlich wirtschaftlichen Charakter [2] und erzielen eine Bindungswirkung [3] insbesondere durch ein vertragliches oder ausservertragliches Inaussichtstellen wirtschaftlicher Nachteile oder Vorteile [4], die im Falle der Nichteinhal-

---

1) Hierbei bleiben die zugrundeliegenden Austauschverträge unberührt.

2) Es können jedoch auch gesellschaftliche oder persönliche Druckmittel sein, wobei es allerdings schwierig ist, solche Massnahmen nachzuweisen.

3) Die Bindungswirkung liegt bei vertraglichen und ausservertraglichen Bindungen gleichermassen in der tatsächlichen Massnahme im Gegensatz zur rechtlichen Verpflichtung. Hiervon zu unterscheiden ist die unterschiedliche Behandlung vertraglicher und ausservertraglicher Preisbindungen.

4) Vgl. § 25 GWB für ausservertragliche Preisbindungen.

tung bestimmter Preise zur Verwirklichung kommen. Als wirtschaftliche Nachteile können insbesondere gelten die Nichtbelieferung, Einstellung der Belieferung oder Kreditierung der Abnehmer, die Verschlechterung der Zahlungsbedingungen[1] und überhaupt jede wesentliche wirtschaftliche Schlechterstellung des gebundenen Wirtschaftssubjektes. Als wirtschaftliche Vorteile werden umgekehrt die Gewährung von Sondervergütungen (Sonderrabatten etc.) sowie sonstige Nebenleistungen anzusehen sein. Möglich ist die Einführung einer tatsächlichen Preisbindung aber auch durch interne Preisbenennungen in Wirtschaftsfachverbänden oder sonstigen Interessengruppen, deren Einhaltung materieller Vorteile oder Nachteile bedingt.

Voraussetzung einer tatsächlichen Preisbindung ist aber immer, dass die tatsächlichen Massnahmen materieller Natur und für eine Bindung geeignet sind, ferner vom preisbindenden Unternehmen an die gebundenen Abnehmer adressiert sind und bewusst auf eine Bindung der nachfolgenden Wirtschaftsstufen hinzielen [2]. Zufällige Massnahmen von Unternehmen, die nicht den Zweck verfolgen, andere Unternehmen zu einer Einhaltung bestimmter Preise zu veranlassen, fallen nicht unter tatsächliche Preisbindungsmassnahmen.

Befolgen die nachgeordneten Wirtschaftsstufen bestimmte, von den Lieferanten angegebene Preise aus eigenen Befürchtungen, Unbequemlichkeiten oder Rücksichten gegenüber Mitbewerbern, Verbrauchern oder Lieferanten, ohne dass von seiten des liefernden Unternehmens objektive Bindungsmassnahmen vorliegen, so kann von einer der rechtlichen Verpflichtung qualitativ gleichstehenden wirtschaftlichen Bindung nicht gesprochen werden [3].

---

1) Vgl. Rösing, aaO, S. 59.

2) Hierin unterscheidet sich die tatsächliche Preisbindung von der Preisempfehlung.

3) Eine andere Frage ist, ob ein gleichartiger Erfolg erzielt wird.

II. In vielen Wirtschaftsbranchen werden von Einzelunternehmen oder Verbänden statt rechtsverbindlicher vertikaler Preisbindungen aus teilweise allgemeinwirtschaftlichen Bedürfnissen [1] Preisempfehlungen an die Abnehmer gegeben. Diese Preisempfehlungen werden insbesondere durch Übersendung von Bruttopreislisten oder durch Preisaufdrucke auf die gelieferten Waren oder deren Verpackung durchgeführt, die meist bestimmte Fest-, Mindest- oder Höchstpreise als empfohlene Wiederverkaufspreise vorsehen. Auch Preisgestaltungsgrundsätze abstrakter oder konkreter Art [2] sowie allgemein die Angabe preisbestimmender Faktoren fallen hierunter [3].

Fraglich ist, ob und inwieweit Preisempfehlungen als Preisbindungen kraft tatsächlicher Massnahmen anzusehen sind. Der Begriff der Preisempfehlung ist bisher weder gesetzlich bestimmt, noch in der Literatur einer eindeutigen Klärung zugeführt worden [4]. Preisempfehlungen sind ge-

---

1) Arbeitsersparnis des Rechnungswesens und Rationalisierung des Vertriebs; vgl. Hengstenberg, W.: Verstossen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, in WuW 1958, S. 439 ff.

2) Die Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Preisgestaltungsgrundsätzen richtet sich danach, ob es sich um die Angabe von einheitlichen Richtlinien ohne oder mit Erwähnung konkreter Zahlen handelt.

3) die einzelnen Kostenfaktoren und die Rabatte.

4) Vgl. Gleiss, Alfred: Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, in Betriebsberater 1958, S. 431 ff.; Lieberknecht, Otfried: Darf ein Zusammenschluss von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?, in MA 1958, S. 231 ff.; Lutz, Hans: Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?, in NJW 1958, S. 128 ff.; Meyer-Cording, Ulrich: Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen, in NJW 1953, S. 565 ff.; Mayer-Wegelin, Heinz: Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2, aaO, S. 187 ff.; Pinder, Wolfgang: Kritik und Vorschlag zum kartellgesetzlichen Empfehlungsverbot, in Der Betrieb 1957, S. 597, der den Begriff der Empfehlung als " uferlos " bezeichnet. Neuerdings auch Huber, Ernst Rudolf: Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959.

kennzeichnet durch ihre rechtliche Unverbindlichkeit; sie enthalten also keine Willenserklärung im Rechtssinne, sondern nur die Erklärung des Willens des Empfehlenden, mit dem Ziele, auf den Willen des Angesprochenen einzuwirken [1]. Diese Einwirkung, die in der Erwartung geschieht, der Empfehlungsadressat werde sich im Sinne der Empfehlung verhalten, kann in mannigfaltigen Formen mit unterschiedlicher Intensität vor sich gehen: von der blossen Anregung und einem Rat über die Bitte und den Wunsch bis zur - allerdings rechtlich nicht relevanten - Aufforderung des Empfehlenden, bestimmte Preise einzuhalten. Eine Preisempfehlung braucht hierbei nicht wörtlich zum Ausdruck zu kommen; es genügt [2], wenn sie nach dem wirklichen erklärten und für den Angesprochenen erkennbaren Willen als Empfehlung aufgefasst werden muss, bestimmte Preise zu befolgen [3]. Die Preisempfehlung zeichnet sich ihrem Wesen nach deshalb als Einflussnahme auf Willensbildung des Adressaten aus [4], ohne dass durch eine solche Willensbeeinflussung bereits eine Preisbindung hervorgerufen würde [5], weil der Empfehlende von sich aus keine Bindungs-

---

1) Vgl. Hengstenberg, aaO, S. 439 ff. Auch Gnam, Arnulf: Die unverbindliche Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht, in NJW 1952, S. 133, vgl. auch Anm. 4 auf S. 26.

2) Man wird hierbei die allgemeinen Rechtsgrundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen entsprechend heranziehen können: § 133 BGB; vgl. hierzu allgemein Palandt-Danckelmann, BGB, Kurzkomm., 17. neub. Aufl., München und Berlin 1958, zu § 133.

3) Das ist z.B. bei Aufdrucken des Verbraucherendpreises auf die gelieferte Ware der Fall, jedoch noch nicht ohne weiteres bei Übersendung von Bruttopreislisten an den Handel, wenn es sich nur um informatorische Mitteilungen handelt.

4) Würdinger, Hans: Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, in WuW 1958, S. 503 ff.

5) Anderer Meinung ersichtlich BGH in Betrieb 1958, S. 1211 ff., der wohl auch bei der Preisempfehlung eine faktische Bindung voraussetzt.

wirkung durch objektive materiell geartete Massnahmen herbeiführt. Bei den wirklichen Preisempfehlungen bleibt der Adressat trotz der bestimmenden Einflussnahme des Empfehlenden in seiner Willensentschliessung gegenüber dem Empfehlenden frei, ob er die Empfehlung befolgt oder nicht. Die Empfehlung allein beinhaltet noch keine Wettbewerbsbeschränkung, wie es Preisbindungen darstellen [1].

Damit unterscheidet sich die echte Preisempfehlung grundlegend von der blossen Information einerseits und der Preisbindung kraft tatsächlicher Massnahmen andererseits [2].

Eine Information dient nur zur Wissensmitteilung, in ihr enthält sich der Mitteilende ausdrücklich einer Willensbeeinflussung dahingehend, dass die Adressaten die mitgeteilten Preise befolgen mögen. Sie liegt nicht nur dann vor, wenn etwa statistische Preisentwicklungen der Vergangenheit, Beurteilungen der zukünftigen Branchenaussichten oder abstrakte Preisgestaltungsgrundsätze [3] den nachgeordneten Wirtschaftsstufen bekanntgegeben werden. Auch die Angaben konkreter Kostenfaktoren und Wiederverkaufspreise kann aber unter bestimmten Umständen nur eine Information und keine Empfehlung darstellen, wenn sie nämlich für die Adressaten erkenntlich nur zur Wissensbereicherung und Materialsammlung für das eigene Rechnungswesen und die Absatzpolitik, mithin zur Grundlage für die eigene freie Entscheidung der Preispolitik dienen sollen, nicht jedoch die Entscheidung der Adressaten im Sinne einer Befolgung der angegebenen Preise beeinflussen sollen.

---

1) Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung vgl. S. 8. Dessenungeachtet können Preisempfehlungen einen gleichgearteten wirtschaftlichen Erfolg erzielen, vgl. § 38 Abs. 2 GWB.

2) Vgl. auch BGHZ in WuW 1954, S. 271, dem aber insoweit nicht gefolgt werden kann, als er nur rechtliche Preisbindungen erwähnt.

3) Vor allem die Grundlagen und Methoden der Kalkulation, wobei es den einzelnen Unternehmen überlassen bleibt, die konkreten Kostenfaktoren einzusetzen.

Trotz dieses grundsätzlichen Unterschiedes zwischen Empfehlung und informatorischer Mitteilung können wohl die Grenzen im Einzelfall flüssig sein. Man kommt jedoch auch in Grenzfällen zu einem wirtschaftlich befriedigenden und billigen Ergebnis, wenn man den wirklichen wirtschaftlichen Sinn und Zweck einer Mitteilung im Interesse der Beteiligten erforscht [1] und eine Erklärung in dem Sinne gelten lässt, wie sie vom Adressaten nach Treu und Glauben und nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs verstanden werden konnte [2]. Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf konkrete wirtschaftliche Fälle an, so wird man Endverbraucherpreisaufdrucke auf die Ware selbst oder ihre für den Verbraucher bestimmte Verpackung immer als Empfehlung ansehen müssen, ebenso wenn der Empfehlende für bestimmte Mindest-, Höchst- oder Festpreise beim Verbraucher wirbt, da der Sinn und Zweck einer Information durch diese Mitteilungen nicht mehr gewahrt ist. Hingegen liegt in der Übersendung von Bruttopreislisten oder in der Lieferung von Preisetiketten an den Handel oder im Aufdruck auf die Verpackung, die nur für den Handel bestimmt ist, dann keine Empfehlung, sondern nur eine Information, wenn das mitteilende Unternehmen die Adressaten darauf hinweist, dass die angegebenen Preise und Kostenfaktoren nur als Grundlage der eigenen Kalkulation und Preispolitik gedacht sind, die von den Adressaten nach eigenem Belieben geändert werden können.

Gegenüber der Preisempfehlung, welche die Entschliessungsfreiheit zwar zu beeinflussen geeignet ist, aber nicht durch objektive Massnahmen des empfehlenden Unternehmens beschränkt, stellt die vertikale Preisbindung kraft tatsächlicher Massnahmen ebenso wie die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung dar, bei der den gebundenen Wirtschaftssubjekten, wenn nicht rechtlich, so doch wirtschaft-

---

1) Z.B. eine konkrete Angabe oder ein Aufdruck.

2) Vgl. Denecke, Johannes, in RGR-Komm. z. BGB, I. Band, 1o. Aufl., Berlin 1953, zu § 133.

lich durchsetzbar, bestimmte Preise auferlegt werden, unter Ausschaltung bzw. Einschränkung ihrer eigenen Preisgestaltungsfreiheit. Diese Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit eines Wirtschaftssubjektes, die zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, kann nicht schon allein in einer Willensbeeinflussung [1] gesehen werden, wie sie mannigfaltig im Wirtschaftsleben vorkommt, den Adressaten jedoch im wesentlichen in seiner endgültigen Willensentschliessung, ob er den Beeinflussungen Folge leistet oder nicht, frei lässt. Es führen deshalb nur solche vom Lieferanten herbeigeführte objektive Massnahmen zu tatsächlichen Preisbindungen, welche die Adressaten unter einen wirtschaftlich oder gesellschaftlich erheblichen Druck setzen und damit die Ausschaltung bzw. wesentliche Einschränkung der Entschliessungsfreiheit im Wettbewerb bezwecken und infolgedessen die Adressaten zur Befolgung der Wiederverkaufspreise nötigen. Zwar können sich auch im Gefolge von Preisempfehlungen Auswirkungen verschiedener Art ergeben [2], sei es im Verhältnis zum Empfehlenden: das Interesse des Händlers, seine Geschäftsbeziehungen mit dem Hersteller nicht zu belasten; im Verhältnis zu Mitbewerbern: Furcht vor Anfeindungen und Benachteiligungen; und schliesslich im Verhältnis zu Abnehmern: Furcht vor unbequemem Preiswettbewerb, Interesse des Händlers, Misstrauen des Verbrauchers gegen die Preisgestaltung zu vermeiden. Das Vorliegen dieser Umstände kann jedoch nicht dazu führen, deshalb schon eine faktische Bindung der Adressaten anzunehmen und damit den rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Bindungsmassnahmen gleichzustellen.

Wenn die Adressaten auf Grund dieser Umstände den benann-

---

1) Beeinflussende Momente einer marktgerechten freien Preisbildung sind im Wirtschaftsleben zu zahlreich und mannigfaltig, als dass man bereits immer oder in bestimmten abgrenzbaren Fällen faktische Bindungen annehmen könnte.

2) Vgl. Benisch, Werner: Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlungen, in WuW 1959, S. 3 ff.

ten Preisen folgen, so tun sie es nicht infolge irgendwelcher bindender Massnahmen, sondern letztlich aus eigenem Entschluss. Die genannten Umstände als Folgen der Empfehlung, die eine beeinflussende Wirkung ausüben können, lassen sich kaum gegenüber einer Bindung abgrenzen. Wollte man in diesen Fällen immer eine faktische Bindung annehmen, so liesse sich nie sagen, wann ein Adressat in seiner Entschliessung überhaupt frei ist.

Liegen aber preisbindende Massnahmen vor, so handelt es sich nicht mehr um echte Preisempfehlungen, auch wenn sie äusserlich in das Gewand empfohlener Preise gekleidet sind, sondern um unechte Preisempfehlungen, die tatsächliche Preisbindungen darstellen [1]. Massgebend für die Unterscheidung zwischen Preisempfehlung und Preisbindung kann deshalb nicht die äussere Ausdrucksform sein, nicht die Kennzeichnung als verbindlich oder unverbindlich, sondern allein der Inhalt der Erklärung unter Würdigung des Gesamtverhaltens des Erklärenden und der wirtschaftlichen Beziehungen der Erklärungspartner. Die offensichtliche Kennzeichnung von Preisempfehlungen als verbindlich gegenüber den Adressaten wird aber im Einzelfall eine - allerdings widerlegbare - Vermutung für das Vorliegen einer tatsächlichen Preisbindung begründen.

2. Kapitel: Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen nach bisherigem Recht und ihr Einfluss auf die gesetzliche Regelung des GWB

§ 5 : Die deutsche Gesetzgebung bis zum Jahre 1947

I. Die erste gesetzliche Regelung im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Verordnung gegen Missbrauch wirt-

---

1) Vgl. Paul, Willy: Die wirtschaftliche Preisbindung - Ein Ersatz für die Preisempfehlung?, in Der Betrieb 1958, S. 115o, der den Begriff der wirtschaftlichen Preisbindung aber zu eng als Preisempfehlung mit dem Sanktionsvorbehalt der Liefersperre auffasst.

schaftlicher Machtstellungen - kurz Kartellverordnung genannt - vom 2.11.1923 [1] [2] befasste sich nicht mit autonomen vertikalen Preisbindungen, sondern unterwarf in §§ 1, 1o nur Kartelle, marktbeherrschende Unternehmen sowie heterogene vertikale Preisbindungen der Missbrauchskontrolle [3]. Die Bedeutung der autonomen vertikalen Preisbindungen - insbesondere der Markenwarensektor - blieb der Öffentlichkeit und Kartellrechtswissenschaft noch weitgehend verborgen.

II. Erst in den im Zuge der Wirtschaftskrise erlassenen Notverordnungen wurden vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen Gegenstand der Gesetzgebung.

1) Die Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26.7.193o - kurz Kartellnotverordnung - [4] gab der Reichsregierung in § 1 auf dem Verwaltungswege folgende Eingriffsrechte: Sie konnte

I. a) Verträge oder Beschlüsse der in § 1 der Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 bezeichneten Art, die Verpflichtungen über die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthielten, für nichtig erklären oder eine bestimmte Art ihrer Durchführung untersagen;

---

1) Vorher waren Preisbindungen seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ Bd. 38, S. 155 ff. anerkannt. Gegen Missbrauch wurden die §§ 138, 242 BGB für ausreichend erachtet.

2) RGBl I,1923, S. 1o67/1o9o, vgl. hierzu Isay, Rudolf: Geschichte der deutschen Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955, S. 31 ff.; Lehnich, Oswald: Die Wettbewerbsbeschränkung - Eine Grundlegung - , Köln-Berlin 1956, S. 227.

3) Vgl. Klinger, Hans: Die Rechtsprechung des Kartellgerichts, Heft II, Berlin 1934, S. 6 ff. Wagenführ, Horst: Kartellgesetzgebung in Deutschland, Nürnberg 1933, S. 22 und RGZ Bd. 133, S. 51, 331.

4) RGBl I, 193o, S. 311 ff., V. Abschn.: Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen.

b) die Anwendung von Geschäftsbedingungen oder von Arten der Preisfestsetzung untersagen, die jemanden in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränkten;

c) Handlungen untersagen, die, ohne unter die Bestimmungen zu a) und b) zu fallen, nach Lage der Verhältnisse, den Umständen des Falles oder der Art, wie verfahren wird oder verfahren werden soll, im wesentlichen den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen geeignet waren, insbesondere Empfehlungen, die sich auf Arten der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen beziehen oder die Anwendung eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Drucks im Sinne der Befolgung derartiger Empfehlungen,

wenn die Wirtschaftlichkeit der Erzeugung oder des Verkehrs mit Waren oder Leistungen beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt wurde.

III. Als Verträge im Sinne des § 1 der Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen galten auch solche Verträge, durch die sich mehrere selbständige Unternehmungen, welche der gleichen Wirtschaftsstufe angehörten, einzeln gegenüber Anderen in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen zu einem bestimmten Verhalten verpflichteten.

Diese Eingriffsrechte betrafen vertikale autonome Preisbindungen, denn in § 1 Abs. 3 wurden den Kartellverträgen solche Verträge gleichgestellt, durch die sich mehrere selbständige Unternehmungen einzeln gegenüber Anderen in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten [1]. Die Gleichstellung autonomer vertikaler Preisbindungen

---

1) Auf der Abnehmerstufe mussten also mehrere Unternehmen vorhanden sein, die gebunden wurden.

mit den Kartellverträgen erfolgte jedoch nur für den Anwendungsbereich der Kartellnotverordnung. Hierdurch ist keine Erweiterung der Kartellbestimmungen der §§ 1 ff. Kartellverordnung erfolgt [1) 2)]. Die Bestimmungen der Kartellnotverordnung erfassten in § 1 die vertraglichen vertikalen Preisbindungen rechtsverpflichtender und tatsächlicher Art; hierbei wollte der Gesetzgeber die beiden massgebenden Vertragssysteme, nämlich die Reversverpflichtungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen, treffen, soweit sie rechtliche oder wirtschaftliche Bindungen enthielten [3)]. Den Verträgen wurden rein tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen gleichgestellt, soweit sie den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie die vertraglichen Preisbindungen herbeizuführen geeignet waren.

Trotzdem bleibt zu betonen, dass die Kartellnotverordnung im Rahmen wirtschaftspolitischen Ermessens nur Einzeleingriffe nach Lage und den näheren Umständen des Einzelfalles vorsah, also eine wirtschaftspolitische Missbrauchsaufsicht, ohne die generelle Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen unter dem wettbewerbspolitischen Gesichtspunkt infrage zu stellen.

2) Die am 3.8.193o nachfolgende Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen [4)]

---

1) Vgl. hierzu RGZ Bd. 133, S. 331 ff. sowie Müllensiefen, Heinz - Dörinkel, Wolfram : Das neue Kartell-, Zwangskartell- und Preisüberwachungsrecht, 2. erw. Aufl., Berlin 1934, S. 14.

2) Es handelte sich nur um eine wirtschaftspolitische Gleichstellung vertikaler Preisbindungen mit den Kartellen. Vgl. Gutachten des Vorläufigen Reichswirtschaftsrates zur Frage der Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen vom 13.8.193o, bei Wagenführ, aaO, S. 16 ff.

3) Vgl. Schreiben des Reichswirtschaftsministers an den damaligen Reichsverband der Deutschen Industrie, bei Müllensiefen-Dörinkel: Kartellrecht, 3. Aufl., Berlin 1938, unter XV, S. 13 ff.

4) Vgl. Deutscher Reichsanzeiger 193o, Nr. 2o5 vom 3.9. 193o und Wagenführ, aaO, S. 16 ff.

erklärte erstmals vertikale vertragliche Preisbindungen für nichtig und untersagte tatsächliche vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen im Sinne der oben genannten Kartellnotverordnung. Diese Ausführungsverordnung erfasste jedoch nur solche Preisbindungen, die den Abnehmern für Waren anderer Herkunft als den vom preisbindenden Unternehmen gelieferten Waren sowie für gewerbliche Leistungen auferlegt worden sind. Wenn demnach der hauptsächliche Bereich der vertikalen Preisbindungen, die der eigenen Erzeugnisse des preisbindenden Unternehmens, von dieser Ausführungsverordnung nicht betroffen wurden, sondern weiterhin nur der Kartellnotverordnung unterlagen, so enthält diese Verordnung doch erstmals einen generellen gesetzlichen Verbotstatbestand. Die Kartellnotverordnung und diese Ausführungsverordnung sind deshalb, wie aus der Entstehungsgeschichte des GWB hervorgeht [1], als Vorbild für die Regelung im GWB betrachtet worden und können bei der Auslegung der Vorschriften der §§ 15, 16 GWB Berücksichtigung finden.

III. Die nachfolgenden, vertikale Preisbindungen betreffenden gesetzgeberischen Massnahmen trugen weniger wettbewerbspolitischen, als vielmehr preispolitischen Charakter und dienten als staatliche Eingriffe in die freie Preisbildung der Behebung einer vorübergehenden wirtschaftlichen Notlage. Sie stellen deshalb keine Stellungnahme des Gesetzgebers zur Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen innerhalb einer freien Wettbewerbsordnung dar.

1) Die Verordnung über Preisbindungen von Markenwaren

---

1) Vgl. Begründung zum Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 1158, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, zu § 1o.

vom 16.1.1931 [1] - Markenwarenverordnung [2] - und anschliessend die Preissenkungsverordnung vom 8.12.1931 [3] machten die Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen im Sinne der Kartellnotverordnung von jeweils 1o %igen Preissenkungen abhängig und unterwarfen die Neueinführungen von vertikalen Preisbindungen der Genehmigungspflicht des Reichswirtschaftsministers.

2) Der eingesetzte Reichskommissar für Preisüberwachung war befugt, vertikale Preisbindungen für lebenswichtige Waren des täglichen Bedarfes zu überwachen, Preisvorschriften hierzu zu erlassen und die Senkung von Preisen, Zuschlägen und Spannen vorzunehmen [4] [5].

IV. Auch in der Zeit nach 1933 wurden die vertikalen Preisbindungen auf Grund der veränderten wirtschaftspolitischen Zielsetzung [6] vom Gesetzgeber nicht als privatrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen in einer freien Wettbewerbswirtschaft gewürdigt, sondern als Mittel der staatlichen Preis- und Marktordnungspolitik angesehen, wobei die freie Preisbildung durch ein System direkter Lenkungsmassnahmen auf dem Gebiete des Preis-

---

1) RGBl I, 1931, S. 12 i.V.m. der Bekanntmachung auf Grund der Verordnung über Preisbindungen für Markenwaren vom 16.1.1931, RGBl I, 1931, S. 13.

2) Sie definierte erstmals in § 1 den Begriff der Markenware als Ware, die selbst oder deren Umhüllung, Ausstattung oder Behältnisse, aus denen sie an den Verbraucher verkauft werden, mit einem ihre Herkunft kennzeichnenden Merkmal versehen sind.

3) Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens, Erster Teil: Preis- und Zinssenkung, Kap. I: Anpassung gebundener Preise an die veränderte Wirtschaftslage, RGBl I, 1931, S. 7oo.

4) Vgl. Anm. 3, aber Kap. II i.V.m. Kap. I, § 13.

5) Vgl. Eger, Otto: Das Recht der deutschen Kartelle, Berlin 1932, S. 6o ff.

6) Vgl. Müllensiefen, Heinz: Freiheit und Bindung in der geordneten Wirtschaft, Hamburg 1939, S. 86. Es erfolgte ein wirtschaftspolitischer Bedeutungswandel der Begriffe Freiheit und Bindung auf dem Gebiete des Marktes und Wettbewerbs.

rechts abgelöst wurde.

So unterwarfen die Verordnung des Preisüberwachungskommissars vom 13.6.1933 [1] sowie die Verordnungen gegen Preissteigerungen vom 16.5.1934 [2] und 7.8.1934 [3] neu eingeführte und zum Nachteil der Abnehmer geänderte heterogene vertikale Preisbindungen einschliesslich Preisempfehlungen im Sinne § 1 Kartellnotverordnung einer Genehmigungspflicht der Preisüberwachungsbehörde; diese Genehmigungspflicht wurde durch die Verordnung über Preisbindung und gegen Verteuerung der Bedarfsdeckung vom 12.11.1934 [4] - Preisbindungsverordnung - auch auf vertikale autonome Preisbindungen ausgedehnt und durch die Verordnung über Preisbindungen vom 23. 11.1940 [5] schliesslich neu gefasst, die nunmehr für die Rechtsgültigkeit sämtlicher vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen der Kleinhandelspreise sowie der sonstigen Entgelte, Gewinnaufschläge, Handelsspannen und anderen Preisbestandteile sowie preisbeeinflussenden Vertragsbedingungen die Genehmigungspflicht des Reichskommissars für Preisbildung vorsah. Dem Reichskommissar für Preisbildung, der bereits durch die Preisstoppverordnung vom 26.11.1936 [6] das Verbot von Preiserhöhungen ausgesprochen hatte, das auch für gebundene Preise galt, war es ausserdem möglich, auf Grund der Verordnung über Preisbindungen und Preisem-

---

1) RGBl I, 1931, S. 370. Vgl. für diese Zeit auch Hedemann, Justus Wilhelm: Deutsches Wirtschaftsrecht, 2. erw. Aufl., Berlin 1943.

2) RGBl I, 1934, S. 389.

3) RGBl I, 1934, S. 771.

4) RGBl I, 1934, S. 1110.

5) RGBl I, 1940, S. 1573.

6) RGBl I, 1936, S. 955 i.V.m. dem Gesetz zur Durchführung des Vierjahresplanes vom 29.10.1936 (RGBl I, S. 927), das den Preisbildungskommissar ermächtigte, die zur Sicherung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise und Entgelte erforderlichen Massnahmen zu treffen und Preise festzusetzen.

pfehlungen für Markenwaren vom 27.1o.1937 [1] - Markenartikelverordnung - vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen für Markenwaren [2] aufzuheben und zu verbieten.

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass die deutsche Reichsgesetzgebung vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen wegen ihrer beschränkenden Wirkung auf den freien Wettbewerb keinem generellen Verbot unterworfen hat.

§ 6 : Die alliierte Dekartellierungsgesetzgebung

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges erliessen die drei westlichen Besatzungsmächte auf der Grundlage der wirtschaftlichen Richtlinien des Potsdamer Abkommens [3] Dekartellierungsbestimmungen [4], die in der ehemaligen amerikanischen Besatzungszone durch das Militärregierungsgesetz Nr. 56 und in der britischen Besatzungszone durch die Militärregierungsverordnung Nr. 78, beide vom 12.2.1947 [5] sowie in der französischen Besatzungszone durch die Verordnung Nr. 96 vom 9.6.1947 [5] Geltung erlangten und bis zum Inkrafttreten des GWB die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen über vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen enthielten. Die Dekartellierungsbestimmungen lösten die Reichsgesetzgebung ab [6]

---

1) RGBl I, 1937, S. 1139.

2) Der Begriff deckt sich mit dem in der Markenwarenverordnung.

3) Vgl. Lehnich, aaO, S. 464 ff.

4) Über ihre Entstehungsgeschichte und ihre Wurzeln vgl. Günther, Eberhard: Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1951/52, S. 25 ff.

5) Vgl. im einzelnen Rohwedder, Heinz: Kartellrecht, Heidelberg 1954, S. 5 ff.

6) Vgl. BGHSt Bd. 4, S. 94 und Gleiss, Alfred: Klarstellung zur Dekartellierungsverordnung der franz. Militärregierung, in Betriebsberater 1954, S. 1o.

und hatten unter dem Einfluss des amerikanischen Antitrustrechts [1] neben politischen Motiven zum Ziele, im Wege eines generellen Verbotes [2] von Wettbewerbsbeschränkungen in Deutschland eine freiheitliche Wettbewerbsordnung herzustellen. Unter dieses generelle Verbot übermässiger Konzentration der Wirtschaftskraft gemäss Artikel I, Nr. 1, MRG 56/VO 78 fielen auch die vertikalen vertraglichen Preisbindungen, denn neben den Kartellen und sonstigen gesellschaftsähnlichen Gebilden waren auch alle sonstigen Formen von Absprachen von Personen, deren Zweck oder Wirkung in der Beschränkung des Handels oder anderer wirtschaftlicher Tätigkeit sowie der Beschränkung des Zugangs zu den Märkten bestand, verboten [3]. Artikel V Nr. 9 c erwähnte erläuternd zu Artikel I als wettbewerbsbeschränkende Absprachen insbesondere die Festsetzung von Preisen beim Ankauf oder Verkauf von Erzeugnissen und Gegenständen aller Art. Nicht unter das Verbot fielen hingegen tatsächliche vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen, weil sie keine Absprachen über Preisfestsetzungen enthielten sowie Agenturverträge, die keine Absprachen zwischen selbständigen Unternehmen darstellten. Sie konnten nur als Umgehungen des Verbotes einer Preisfestsetzung gem. Artikel VII Ziff. 12 angesehen werden [4].

Das Verbot vertikaler vertraglicher Preisbindungen auch für Markenwaren, das in Schrifttum [5] und der Rechtsprechung unterer Gerichte [6] verschiedentlich bezwei-

---

1) von denen es nur Befreiungen im Einzelfalle gem. Art. III MRG 56/VO 78 gab.

2) Vgl. Biedenkopf-Callmann-Deringer: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 17.

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO, S. 256; Lieberknecht, Patente, Lizenzen ..., aaO, S. 145; Möhring, Philipp: Dekartellierungsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, in GRUR 1949, S. 271.

4) Vgl. BGHSt in WuWE, Teil I, BGH 58 ff.

5) Vgl. Schwartz, Gustav: Dürfen Markenartikelhersteller Wiederverkaufspreise festsetzen?, in MA 1950, S. 330 ff. und Mellerowicz, aaO, S. 55.

6) AG Schwabach in WuWE, Teil I, LG/AG 5.

felt [1] worden war, wurde durch die zuständige amerikanische Dekartellierungsbehörde im Bronson-Memorandum [2] vom 21.6.1948 ausdrücklich bestätigt.

Erst der Erlass des sogen. Willner-Briefes [3] vom 18.11. 1952 brachte eine Veränderung des Rechtszustandes vertikaler Preisbindungen für Markenwaren. Da die Frage der Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen auf Grund des Willner-Briefes nicht nur rechtshistorischen Wert hat, sondern in der Übergangsregelung des § 1o6 GWB noch in der Zeit nach Inkrafttreten des GWB fortwirkt [4] und unter Umständen als ein Abschnitt der Rechtsentwicklung für die Auslegung des GWB Bedeutung gewinnen kann [5], bedarf es eines näheren Eingehens auf die rechtliche Bedeutung des Willner-Briefes.

Der Willner-Brief stellte die Antwort auf einen Brief des Bundeswirtschaftsministers vom 5.11.1952 [6] an die DIDEG [7] dar, worin der Bundeswirtschaftsminister im Hinblick auf den Entwurf des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Freistellung der vertikalen Preisbindung für Markenwaren vom Dekartellierungsverbot und die Möglichkeit für Hersteller von Markenwaren befürwortete, Preisbindungen in Anlehnung an den durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen

---

1) Vertikale Preisbindungen für Markenwaren waren zu dieser Zeit in Gesetzgebung und Rechtsprechung in den USA kein Verstoss mehr gegen die Antitrustgesetze. Vgl. Axster, Herbert: Die vertikalen Bindungen im amerikanischen Antitrustrecht, in WuW 1954, S. 242 ff.

2) in WuWE, Teil II, All 2: Brief der amerikanischen Dekartellierungsbehörde ah die Dekartellierungsabteilungen der Länder in der amerikanischen Zone.

3) Brief der Decartelization and Deconcentration Division des amerikanischen Hohen Kommissars an den Bundeswirtschaftsminister, in WuWE, Teil II, All 36.

4) Vgl. S. 46 ff.

5) Soweit es sich darum handelt, eine einheitliche Rechtsentwicklung als Argument für die analoge Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze anzuführen, vgl. S. 194 ff.

6) in WuWE, Teil II, All 35.

7) Decartelization and Industrial Deconcentration Group.

Rechtszustand ohne Bedenken durchführen zu können. In dem Regierungsentwurf zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dem die Alliierte Hohe Kommission damals schon zugestimmt hatte, galt das Verbot vertikaler Preisbindungen nicht für Markenwaren und Verlagserzeugnisse.

In dem umstrittenen Willner-Brief [1] stellten die amerikanischen Dekartellierungsbehörden ausdrücklich fest, dass vertikale Preisbindungen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Markenartikel handelt, als Preisfestsetzungsverträge gem. Art. I des MRG Nr. 56/VO 78 nach wie vor verboten seien und auch keine generelle Befreiung gem. Art. III MRG 56/VO 78 mit der Reichweite des zukünftigen § 11 (jetzt § 16) des Entwurfes gegeben werden könne, weil die Gewähr zur Verhütung von Missbräuchen noch nicht gegeben sei. In der weiteren entscheidenden Stelle des Willner-Briefes hiess es wörtlich [2]: " Um aber dem Wunsch der Hersteller von Markenartikeln zu entsprechen, ihre gegenwärtigen geschäftlichen Massnahmen einem Verteilungs- und Absatzsystem anzupassen, das mit dem Inkrafttreten des deutschen Gesetzes gesetzmässig sein wird, sind wir bereit, in der Durchführung des Gesetzes Nr. 56 wie folgt zu verfahren: Unsere Behörde wird keine Verfahren gegen Hersteller oder Käufer von Markenartikeln anhängig machen, welche die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen vereinbaren, vorausgesetzt, dass solche Vereinbarungen erlaubt wären, wenn das Bundesgesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schon in Kraft wäre [3]".

---

1) der in Übereinstimmung mit den britischen Dekartellierungsbehörden abgefasst und auch im französischen Besatzungsgebiet ohne Widerspruch angewandt wurde.

2) Vgl. S. 4o, Anm. 3.

3) In einem weiteren zweiten Willner-Brief der Alliierten Dekartellierungsbehörde an den Börsenverein deutscher Verleger- und Buchhändlerverbände vom 6.1.1953 mit dem gleichen rechtlichen Inhalt wurden die Verlagserzeugnisse mit Ausnahme des Antiquariats in der rechtlichen Behandlung den Markenwaren gleichgestellt.

Festzustellen ist, dass die Willner-Briefe nur autonome vertikale Preisbindungen für Markenwaren [1] und Verlagserzeugnisse zum Gegenstand hatten. Horizontale und heterogene vertikale Preisbindungen blieben ebenso verboten wie vertikale Preisbindungen für Nichtmarkenwaren, andere vertikale Wettbewerbsbeschränkungen [2] sowie auch vertikale Preisbindungen für Waren und gewerbliche Leistungen Dritter.

Über die rechtliche Tragweite der Willner-Briefe, nach Inkrafttreten der Bonner Verträge im besonderen, herrschte im Schrifttum[3] und in der Rechtsprechung [4] Streit, der im wesentlichen als überholt und daher für den Zweck der vorliegenden Darstellung ausser Betracht zu lassen ist. Kurz vor Inkrafttreten des GWB erklärte der Bundesgerichtshof in einem grundsätzlichen Urteil [5] vertikale Preisbindungen für Markenwaren [6] und Verlagserzeugnisse [7] seit Bekanntgabe der Willner-Briefe für zulässig.

---

1) Unter den Voraussetzungen des jetzigen § 16 GWB, vgl. S. 166 ff.

2) wobei hier die Anwendung der rule of reason im Einzelfall nicht ausgeschlossen wurde, vgl. BGH in WuWE, Teil I, BGH 213.

3) Aus der umfangreichen Literatur vgl.: Baumbach-Hefermehl, aaO, zu § 1, Anm. 227; v. Godin-Hoth: Wettbewerbsrecht, Komm., Berlin 1957, S. 48; Dörinkel, Wolfram: Die Preisbindung der Wiederverkäufer bei Markenwaren, in Der Betrieb 1953, S. 15 ff.; Gleiss, Alfred: Preisbindung zweiter Hand für Markenartikel, in NJW 1953, S. 12.

4) Vgl. KG vom 17.11.1953, in WuWE, Teil I, OLG 57 ff.; OLG Hamm vom 3.6.1954, in WuWE, Teil I, OLG 74 ff. ; OLG München vom 21.7.1955, in WuWE, Teil I, OLG 95; OLG Hamburg vom 1.9.1955, in WuWE, Teil I, OLG 98.

5) Das Urteil wahrte die Einheit der Rechtsprechung und garantierte den rechtlichen und wirtschaftlichen Bestand der in der Vergangenheit unter dem Einfluss der Willner-Briefe geschaffenen vertikalen Preisbindungssysteme für Markenwaren.

6) Urteil vom 1o.12.1957 (Waldbaur) in WuWE, Teil I, BGH 2o5 ff.

7) Urteil vom 1o.12.1957 (Buchhandel) in WuWE, Teil I, BGH 218 ff.

Aus dem Wortlaut der Willner-Briefe in Verbindung mit den interpretierenden Äusserungen alliierter Behörden [1] ergibt sich, dass der Rechtszustand des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht vorweggenommen werden, sondern nur den Herstellern von Markenwaren und Verlagserzeugnissen eine tatsächliche Geschäftsanpassung an die spätere Gesetzesregelung unter Verzicht auf die Einleitung von Strafverfahren ermöglicht werden sollte [2]. Eine authentische Gesetzesinterpretation dahingehend, dass Markenwaren und Verlagserzeugnisse vom Verbot ausgenommen seien, hätte der Verbotsnorm des Art. I MRG 56/VO 78 widersprochen und auch keinen Einklang mit dem Inhalt der Willner-Briefe gefunden. Aus dem gleichen Grunde konnte die Anwendung der " rule of reason " [3] nicht in Betracht kommen, zumal sie als individuelle Massnahme für jeweils eine Ware eine generelle Ausnahme vom Preisbindungsverbot auch nicht hätte begründen können. Die Heranziehung des amerikanischen Rechtsinstituts der railroad-clause [4] besagt nichts über die materielle Rechtsgültigkeit, da diese rein verfahrensrechtlichen Charakter trägt, in dem die amerikanische Strafverfolgungsbehörde in besonderen Fällen von einer Strafverfolgung absehen konnte [5]. Der Annahme eines Gewohnheitsrechts [6] wurde mit Recht in der Literatur [7] ausführlich widersprochen, da die

---

1) Vgl. Bramslöw, in Betriebsberater 1956, S. 286 ff.

2) Die Preisbindungen hätten sich dann nur als solche tatsächlicher Art dargestellt.

3) Vgl. OLG München, in WuWE, Teil I, OLG 95 und Roidl, Walter: Um das Schicksal der vertikalen Preisbindungen, in NJW 1957, S. 977.

4) Vgl. hierzu: Gleiss, Alfred - Deringer, Arved: Die Bindung der Wiederverkaufspreise bei Markenartikeln und Verlagserzeugnissen, in JZ 1954, S. 659 ff.

5) Vgl. die Darstellung bei Mueller, Rudolf: Anwendbarkeit des § 134 BGB im Kartellrecht, in JZ 1954, S. 726, Anm. 9o.

6) Vgl. OLG Hamburg, in WuWE, Teil I, OLG 98.

7) Vgl. OLG Stuttgart, in WuWE, Teil I, OLG 123 sowie Steindorff, Ernst: Das Verbot der Preisbindung für Markenartikel nach geltendem Recht, in Betriebsberater 1955, S. 1oo1.

wesentlichen Elemente für die Bildung eines Gewohnheitsrechts, nämlich allgemein übereinstimmende Übung und Rechtsüberzeugung, auf Grund der unterschiedlichen Rechtsauffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum zu dieser Frage nicht vorlagen.

Der BGH interpretierte die Willner-Briefe in erster Linie als eine Befreiung vom Verbot vertikaler Preisbindungen innerhalb des Rahmens des jetzigen § 16, obzwar er eine generelle Befreiung im Sinne des Art. III MRG 56/VO 78 mit Recht ablehnte, weil die Willner-Briefe eine generelle Befreiung ausdrücklich ausschlossen. Eine Befreiung " innerhalb des Rahmens des jetzigen § 16 " glich aber ihrem Wesen und rechtlichem Ergebnis nach einer generellen Befreiung nach MRG 56/VO 78.

Besondere Bedeutung verdient die von Danckelmann [1] und anschliessend auch vom BGH hilfsweise vertretene Auffassung, eine Befreiung für Markenwarenpreisbindungen[2] sei nicht mehr erforderlich gewesen, diese Verträge seien vielmehr für befreiungsfrei erklärt worden; diese Auffassung konnte am ehesten für die Rechtsgültigkeit solcher Preisbindungsverträge herangezogen werden.

Zwar stimmt auch diese Auffassung mit der Absicht der Willner-Briefe nicht überein, weil durch eine Erklärung für " befreiungsfrei " das gleiche Ergebnis wie bei einer generellen Befreiung erzielt würde. Die Willner-Briefe und insbesondere die nachfolgende Praxis der zuständigen deutschen Dekartellierungsstellen bedurften jedoch zusätzlich einer Auslegung nach dem - auch im öffentlichen Recht geltenden [3] - § 133 BGB und den allgemeinen Grundsätzen des Treu und Glaubens. Vereinbarungen über Markenwarenpreisbindungen wurden nach Erlass der Will-

---

1) Danckelmann, Bernhard: § 134 BGB und vertikale Preisbindung, in MA, S. 53 ff.

2) Ebenso für Verlagserzeugnisse.

3) Vgl. Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allg. Teil, 7. neub. Aufl., München und Berlin 1958, S. 155.

ner-Briefe nicht nur in der Weise geduldet, dass keine Verfahren mehr anhängig gemacht wurden [1]. Vielmehr kam in den Erklärungen der zuständigen Dekartellierungsbehörden der für die Öffentlichkeit, insbesondere die beteiligten Wirtschaftskreise, objektiv erkenntliche Wille und Sinn zum Ausdruck, Vereinbarungen über Markenwarenpreisbindungen in dem Rahmen und mit der Wirkung zu ermöglichen, wie dies bereits ein in Geltung befindliches GWB zugelassen hätte. Berücksichtigt man vor allem die näheren Umstände - zur Zeit der Bekanntgabe der Willner-Briefe stand damals der Erlass des GWB bevor - sowie den wirtschaftlichen Zweck, nämlich die wirtschaftlich relevante Durchführbarkeit von Preisbindungen, so ist die Bedeutung des Verhaltens der Dekartellierungsbehörden nicht mehr nur verfahrensrechtlich, sondern auch materiellrechtlich zu sehen, selbst wenn diese Auffassung nicht der Vorstellung der alliierten Dekartellierungsbehörden entsprochen haben mag. Durch ein weiteres Verbot vertikaler Preisbindungen für Markenwaren wäre die wirtschaftliche Wirksamkeit dieser Preisbindungen zumindest sehr herabgemindert gewesen, so dass der angestrebte Zweck der Willner-Briefe erheblich erschwert, wenn nicht verhindert worden wäre. Die von den Willner-Briefen betroffenen Wirtschaftssubjekte durften aber selbst in dem Falle, dass der Wille der Dekartellierungsbehörden nach wie vor von einem generellen materiellrechtlichen Verbot vertikaler Preisbindungen ausging, auf die objektiven Sinnbezüge des Verwaltungshandelns vertrauen, da sie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben davon ausgehen konnten, dass ihnen Vereinbarungen über Markenwarenpreisbindungen in vollem Umfange durch die Rechtsordnung wieder ermöglicht werden sollten [2]. Schliesslich

---

1) Vgl. Bundeswirtschaftsministerium zur Rechtslage der Preisbindung der zweiten Hand - Bundestagsdrucksache 3144, in WuWE, Teil II, BWM 56.

2) Vgl. S. 44, Anm. 3 und Staudinger-Coing: Komm. z. BGB, I. Band, Allg. Teil, 11. neub. Aufl., Berlin 1954, zu § 133, Anm. 61.

wäre auch das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung [1] nicht genügend gewahrt gewesen, hätte man die Markenwarenpreisbindungen nur von der Strafverfolgung befreien wollen.

Im Ergebnis folgt daraus, dass die Willner-Briefe und das nachfolgende Verhalten der Dekartellierungsbehörden vertikale Preisbindungen für Markenwaren und Verlagserzeugnisse im jeweiligen Einzelfall vom Erfordernis einer Befreiung gem. Art. III MRG 56/VO 78 freigestellt haben, diese somit im jeweiligen Einzelfall auch zivilrechtlich rechtsgültig waren. In dem Absehen von der Einleitung von Verfahren, wie es in den Willner-Briefen ausgesprochen wurde, kam jedoch zum Ausdruck, dass diese Freistellung im Einzelfall jederzeit - insbesondere bei Missbräuchen -, etwa durch die Einleitung eines Einzelverfahrens oder durch Aufhebung auf dem Verwaltungswege generell wieder rückgängig gemacht werden konnte [2].

§ 7 : Die Übergangsregelung für vertikale Preisbindungen nach § 1o6 GWB

Die Frage der Rechtsgültigkeit der vertikalen Preisbindungen behielt zunächst auch nach Inkrafttreten des GWB am 1.1.1958 durch die Übergangsregelung des § 1o6 GWB Abs. 1 aktuelle Bedeutung. In dieser Vorschrift wird bestimmt, dass vor Inkrafttreten dieses Gesetzes gültig zustandegekommene Verträge [3] der in § 15 GWB bezeichneten Art mit Ablauf von 6 Monaten nach Inkrafttreten dieses Gesetzes, also mit dem Ablauf des 3o.6.1958, unwirksam werden, soweit sie mit § 15 GWB nicht vereinbar sind.

---

1) Vgl. S. 42, Anm. 6.

2) Es sind jedoch keine Fälle bekannt, in denen ein Verfahren eingeleitet wurde. Eine generelle Aufhebung ist ebenfalls nicht erfolgt.

3) Hierunter sind die Einzelverträge, nicht die Preisbindungssysteme als Ganzes zu verstehen.

Entscheidende Voraussetzung für die Anwendung des § 1o6 Abs. 1 GWB war also, dass vertikale Preisbindungsverträge der in § 15 GWB bezeichneten Art unter der Herrschaft der alliierten Dekartellierungsgesetze zulässig waren. Diese Voraussetzung beurteilte sich allein nach dem früheren alliierten Dekartellierungsrecht. Der Gesetzgeber des GWB hat die vertikalen Preisbindungen für Markenwaren und Verlagserzeugnisse nicht speziell in der Übergangsregelung des § 1o6 mit erwähnt und damit selbst keine Stellung zu der Frage der Zulässigkeit dieser Verträge und ihrer Weitergeltung genommen [1], zumal sich bei der Verabschiedung des Gesetzes die Rechtsauffassungen im Schrifttum und in der Rechtsprechung noch sehr voneinander unterschieden und die spätere Entscheidung des BGH damals noch nicht bekannt war. Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen, soweit sie Markenwaren und Verlagserzeugnisse betraf, ist von der zwar nicht in der Begründung, jedoch im Ergebnis herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, wie bereits erörtert, mit Recht bejaht worden.

I. Die Rechtsgültigkeit dieser vertikalen Preisbindungen dauerte zunächst bis zum 3o.6.1958 fort.

Nach dem Wortlaut des § 1o6 Abs. 1, 1. Halbsatz GWB, in dem von " gültig zustandegekommenen Verträgen der in § 15 bezeichneten Art " die Rede ist, könnte man zwar zunächst zu der Überlegung kommen, dass nur Verträge nach § 15, nicht aber Preisbindungen für Markenartikel und Verlagserzeugnisse nach § 16 von der Übergangsregelung mit erfasst sein sollten. Das LG Essen [2] vertrat auch diesen Standpunkt mit der Begründung, dass der Gesetzgeber die Einbeziehung des § 16 in die Übergangsregelung nicht gewollt habe, da er anderenfalls den § 16 ausdrücklich erwähnt hätte, wie es in § 1o6 Abs. 2 für die Ausnahmebestimmungen der §§ 2 und 3 vom

---

1) Dafür ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte.

2) in Der Betrieb 1958, S. 133.

Kartellverbot nach § 1 auch geschehen sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht zugestimmt werden [1]. Nach dem Wortlaut des § 1o6 Abs. 1 wird von Verträgen der in § 15 " bezeichneten Art " gesprochen, nicht von Verträgen nach § 15. Es liegt deshalb schon nach der Wortinterpretation nahe, dass der Gesetzgeber hier nicht an die Rechtsfolgen, sondern an die tatbestandsmässige Definition des § 15 anknüpfen wollte, die ja für sämtliche vertikalen Preisbindungen einschliesslich der für Markenwaren und Verlagserzeugnisse zutrifft. Diese Wortinterpretation wird durch den wirtschaftlichen Zweck dieser Vorschrift bestätigt. Die Übergangsregelung dient weniger dazu, vertikale Preisbindungen, die sowieso gem. § 15 unter das Verbot fallen, noch ein halbes Jahr zur Rechtsgültigkeit zu verhelfen. Vielmehr liegt die überwiegende Bedeutung gerade darin, dass der kontinuierliche Fortbestand derjenigen Verträge gesichert werden sollte, die unter Wahrung der Voraussetzungen des § 16 weiter in Gültigkeit blieben. Die Anpassung dieser Verträge an die neue Rechtslage konnte vor Inkrafttreten des GWB am 1.1.1958 regelmässig noch nicht wirksam erfolgen - wie das LG Essen meint -, da die Anmeldung beim Bundeskartellamt und dessen Bestätigung erst nach dessen Konstituierung und der Bekanntmachung des Formulars zur Anmeldung der Markenwarenpreisbindungen vom 22.1. 1958 [2] vor sich gehen konnte.

II. Nach dem 3o.6.1958 wurden auch diese, bisher rechtsgültigen Verträge unwirksam, soweit sie nicht gem. § 1o6 Abs. 1 mit § 15 GWB vereinbar waren. Hierbei ergibt sich wiederum die Frage der Auslegung des 2. Halbsatzes des § 1o6 Abs. 1 GWB: " Soweit sie mit § 15 GWB nicht ver-

---

1) Vgl. auch LG Bochum, in Der Betrieb 1958, S. 394; weiter Franzen, Hans - Boekle, Hein: Kernfragen im Übergangsrecht der vertikalen Preisbindung, in WuW 1958, S. 195 ff.; Wahl, Eduard: Formprobleme des neuen Kartellgesetzes, in JZ 1958, S. 148 ff.

2) Veröffentlicht im Bundesanzeiger 1958, Nr. 19 vom 29.1.1958.

einbar waren ". Folgt man dem reinen Wortlaut, so würden damit im Ergebnis alle vor dem Inkrafttreten des GWB rechtsgültigen Preisbindungen unwirksam, da § 15 ein generelles Verbot ohne Ausnahme ausspricht.[1] Eine solche Interpretation dieses Halbsatzes kann aber, wie auch Franzen-Boekle [2] mit Recht ausführen, nicht richtig sein, weil damit der 2. Halbsatz ohne jeden Sinn und damit überflüssig wäre. Das Ausserkraftreten sämtlicher vertikaler Preisbindungen würde sich nämlich bereits aus § 1o6 Abs. 1, 1. Halbsatz eindeutig ergeben. Der 2. Halbsatz des § 1o6 Abs. 1 kann deshalb nur im Wege der vernünftigen Auslegung dahingehend verstanden werden, dass die Weitergeltung der bis zum 3o.6.1958 gültigen vertikalen Preisbindungsverträge nicht nur von der Vereinbarkeit mit § 15, sondern auch von der Ausnahmebestimmung des § 16 abhängt. Zu diesem Ergebnis führen auch noch folgende weitere Erwägungen: Die §§ 15 und 16 GWB gehören gemäss ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung für die Beurteilung vertikaler Preisbindungen zusammen. Sinn und Zweck der Übergangsregelung war es, der unterschiedlichen Behandlung der vertikalen Preisbindungen nach dem GWB - je nachdem ob sie Markenwaren betrafen oder nicht - die bereits vorher rechtsgültigen Preisbindungen wirtschaftlich vernünftig anzupassen. Das bedeutete, dass für die Markenwarenhersteller während der Übergangszeit die Möglichkeit geschaffen wurde, die Gültigkeitserfordernisse des § 16 [3] zu erfüllen und damit den Fortbestand ihrer Rechtsgültigkeit zu garantieren [4], während andererseits den in Zukunft nach dem GWB ungültigen Verträgen [5] ebenfalls eine

---

1) Der § 16 ist nicht erwähnt.

2) Franzen-Boekle, aaO, S. 195 ff.

3) Insbesondere die Anmeldung beim Bundeskartellamt.

4) Vgl. Franzen-Boekle, aaO, und Büntig, Heinz: Die Übergangsregelung für wettbewerbsbeschränkende Verträge aus der Zeit vor dem 1.1.1958, in Betriebsberater 1958, S. 5o6 ff.

5) Diese dürften in der Praxis aber selten vorgekommen sein.

Zeit der Anpassung und Abwicklung gegeben wurde.

Im Ergebnis bleibt deshalb festzustellen, dass vor dem Inkrafttreten des GWB zulässige vertikale Preisbindungen für Markenwaren und Verlagserzeugnisse auch nach der Übergangszeit über den 3o.6.1958 dann in Gültigkeit blieben, wenn sie die materiellen und formellen Erfordernisse des § 16 erfüllten [1].

Uneinigkeit herrscht im Schrifttum [2] über die Frage, ob für die Weitergeltung dieser vorgesetzlichen Verträge auch die Einhaltung der Schriftform des § 34 GWB erforderlich ist [3]. § 34 bestimmt, dass vertikale Preisbindungsverträge nach § 16 GWB schriftlich abzufassen sind. Der Gesetzgeber schweigt jedoch in der Übergangsregelung über die Anwendung der Formvorschrift des § 34 GWB. Wahl [2] ist der Auffassung, dass die vor Inkrafttreten des GWB nach Inhalt und Form gültig zustandegekommenen Verträge von der Formvorschrift des § 34 GWB nicht berührt würden und führt zur Begründung den Grundsatz des intertemporalen Privatrechts " tempus regit actum " an.[4] Dieser Grundsatz würde zu erwägen sein, wenn § 1o6 Abs. 1 den Vorschriften über vertikale Preisbindungen rückwirkende Kraft beigelegt hätte, ohne die Rückanwendung des § 34 erkennbar eingeschlossen zu haben. Denn eine derartige rückwirkende Gesetzeskraft, die für die Zukunft eine Rechtslage schafft, als ob das Gesetz schon vor Inkrafttreten gegolten habe, muss nach aussen eindeutig erkennbar hervortreten, und zwar schon allein aus dem Gesichtspunkt der staatlichen Wahrung früherer wohlerworbener Rechte [5]. In der Übergangsregelung des

---

1) Vgl. S. 166 ff.

2) Vgl. Wahl, aaO, S. 151; Franzen-Boekle, aaO, S. 196; Erläuterungen des Markenverbandes, in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz, MA 1957, S. 425 ff.

3) Vgl. S. 2o8 ff.

4) Vgl. zu diesem Grundsatz u.a. Raape, Ieo: Internationales Privatrecht, 4. neub. u. erw. Aufl., Berlin und Frankfurt 1955, S. 12.

5) Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 22o.

§ 1o6 Abs. 1 GWB wird jedoch den Vorschriften der §§ 15 ff. keine rückwirkende Kraft zuerkannt. Vielmehr wird dort nur die Ausserkraftsetzung vertikaler Preisbindungsverträge für die Zukunft, nämlich nach dem 3o.6.1958, konstituiert, soweit sie nicht mit §§ 15, 16 vereinbar sind. Es handelt sich demnach um die gesetzliche Umgestaltung früher rechtsgültig begründeter Verträge und ihre Anpassung an die neue Gesetzgebung für die Zukunft. Die entscheidende Frage ist demnach, ob sich der § 34 im Rahmen des § 1o6 Abs. 1 auch auf die bereits rechtsgültig bestehenden vertikalen Preisbindungsverträge bezieht und als Formerfordernis für deren Weitergeltung anzusehen ist [1]. Dies ist aber eine Auslegungsfrage, die vom Inhalt des § 1o6 Abs. 1 abhängt. Keinesfalls kann aus dem Schweigen des Gesetzgebers über die Anwendung des § 34 auf die Zugrundelegung des Grundsatzes " tempus regit actum " geschlossen werden. Aus dem § 1o6 Abs. 1 ergibt sich dem Wortlaute nach eindeutig, dass der Gesetzgeber unmittelbar die früher rechtswirksam begründeten vertikalen Preisbindungsverträge als subjektive Rechte ergreifen und nur dann für die Zukunft rechtswirksam fortdauern lassen wollte, wenn sie mit den §§ 15 ff. hinsichtlich der Gültigkeitserfordernisse vereinbar waren. Damit kann es nicht mehr zweifelhaft sein, dass der Gesetzgeber nicht nur die Wirkung rechtserzeugender Tatsachen für die Zukunft normieren, sondern auch die in Zukunft bestehenden Rechtsverhältnisse selbst - seien es erst entstandene oder fortbestehende Rechtsverhältnisse - ordnen wollte.

Es verbleibt deshalb im Wege der Erforschung des gesetzgeberischen Willens anhand der leitenden rechts- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die früher rechtsgültig zustan-

---

1) Vgl. Staudinger-Keidel, Komm, z. BGB, VI. Band, Einf. Gesetze, I. Teil, 9. neub. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1929, IV. Abschn., Vorbem. III, 1 - 4, S. 399; Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 221.

degekommenen vertikalen Preisbindungen als Voraussetzung ihres Fortbestandes auch der Schriftform des § 34 unterwerfen wollte, obwohl dies in § 1o6 Abs. 1 ausdrücklich nicht bestimmt ist. Die Formvorschrift des § 34 hat der Gesetzgeber nicht so sehr wegen des Schutzes vor übereilter Vornahme der Rechtsgeschäfte, sondern vor allem aus Gründen der Offenkundigkeit und Beweiserleichterung [1] für die auf Grund von Ausnahmevorschriften wie des § 16 erlaubten Verträge eingeführt; sie soll den zuständigen Behörden und Gerichten die Prüfung darüber erleichtern, ob überhaupt Verträge vorliegen, welchen Inhalt sie haben und inwieweit eine Missbrauchskontrolle gemäss § 17 GWB stattfinden muss. Diese Missbrauchskontrolle soll sich aber nicht nur auf die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossenen zulässigen vertikalen Preisbindungsverträge für Markenwaren, sondern auch gerade auf die Vielzahl der vorgesetzlichen Verträge erstrecken. Andernfalls würden erhebliche Bereiche des Markenwarensektors der Missbrauchskontrolle entzogen. Es besteht deshalb auch ein bedeutendes, dem Zweck des Gesetzes entsprechendes, wirtschaftspolitisches Interesse daran, die Schriftform des § 34 auch für die vorgesetzlichen Verträge zu gebieten. Hinzu kommen weitere Erwägungen, die eine Anwendung des § 34 auf diese Verträge nahelegen. Wenn man die Weitergeltung der vorgesetzlichen Preisbindungsverträge in vernünftiger extensiver Auslegung des § 1o6 Abs. 1, 2. Halbsatz, nicht nur aus § 15, sondern auch aus § 16 bemisst, so muss andererseits diese extensive Auslegung dadurch sinnvoll begrenzt werden, dass sämtliche formellen und materiellen Voraussetzungen für die Gültigkeit solcher Preisbindungen nach § 16, wozu auch die Schriftform des § 34 gehört, erfüllt sein müssen [2]. Andernfalls würde man den Charakter des § 16 als eine Ausnahmebestimmung vom

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache 1158 - Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, zu § 27.,

2) Vgl. Franzen-Boekle, aaO, S. 2o6.

allgemeinen Verbotsgrundsatz des § 15 in wesentlichen Bereichen der Wirtschaft nicht voll gerecht werden. Gegen die Anwendbarkeit des § 34 auf die Übergangsregelung des § 1o6 bestehen keine erheblichen Bedenken. Es bestehen weder tiefgreifende Unterschiede zwischen dem früheren Dekartellierungsrecht und dem GWB, die einen solchen Eingriff verbieten würden, noch ergibt sich eine ungerechtfertigte Härte aus der Anwendung des § 34, vor allem, wenn man die vorgesehene Übergangszeit berücksichtigt. Der Ansicht von Wahl, dass nur eine " inhaltliche " Vereinbarkeit mit §§ 15 ff. erforderlich sei, kann nicht beigepflichtet werden. Die Regelung des § 1o6 Abs. 1 enthält weder das einschränkende Wort " inhaltlich ", noch sonst eine Bezugnahme auf die §§ 16, 34 GWB; auch im Wege der erforderlichen Auslegung kann eine solche Beschränkung in Berücksichtigung des Inhaltes des § 16 nicht entnommen werden.

Im Ergebnis ist demnach daran festzuhalten, dass für die Weitergeltung der vorgesetzlichen [1] vertikalen Preisbindungen für Markenwaren über den 3o.6.1958 hinaus nicht nur die in § 16 selbst festgelegten Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein mussten, sondern auch die Schriftform des § 34 [2] geboten war.

---

1) D.h. vor dem Inkrafttreten des GWB rechtsgültig zustandegekommene Verträge.

2) Zur Schriftform vgl. S. 2o8 ff.

II. Abschnitt

Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen nach dem GWB und ihre Probleme

3. Kapitel: Inhalt und Tragweite des Verbotes nach § 15 GWB

§ 8 : Entstehungsgrundlagen und Zielsetzung des GWB und ihre Einflussnahme auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes

Das GWB hat eine längere Entwicklungsgeschichte [1] in der Nachkriegszeit hinter sich, auf die im einzelnen nicht eingegangen werden soll. Insbesondere soll die grundsätzliche wirtschaftliche Problematik zwischen Verbots- und Missbrauchsgesetzgebung und die Vereinbarkeit der Verbotsgesetzgebung mit dem Grundgesetz, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes an aktueller Bedeutung verloren hat, nicht näher erörtert werden [2].

I. Die gesetzliche Regelung des GWB, von der im folgenden auszugehen ist, hat sich hinsichtlich der vertikalen Preisbindungen gemäss § 15 für ein grundsätzliches Verbot, verbunden mit einer weitreichenden Ausnahmebestimmung für Markenwaren und Verlagserzeugnisse in § 16 ausge-

---

1) Vgl. Lehnich, aaO, S. 5o9 ff., derselbe: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln-Berlin 1958, S. 3 ff.; Günther, Eberhard: Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1951/52, S. 17 ff.

2) Zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Verbote des GWB mit dem Grundgesetz: vgl. Schriftlicher Bericht, aaO, Generalbericht des Abgeordneten Hellwig, zu E, Rechtsfragen; Benisch, Werner: Ist das Kartellverbot grundgesetzwidrig?, in Der Betrieb, 9. Jahrg. 1956, S. 37 ff.; Geiger, Willi: Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, Köln-Berlin 1955, S. 14; Rasch, Harold: Kartellverbot und Grundgesetz, in WuW 1955, S. 667 ff. Sie wird von der überwiegenden Meinung bejaht.

sprochen [1].

Die wirtschaftspolitischen Entstehungsgrundlagen des GWB, insbesondere auch hinsichtlich der vertikalen Preisbindungen, sind vornehmlich im Ideengut des Neoliberalismus zu suchen [2]. Der Neoliberalismus räumt dem Preiswettbewerb die zentrale Bedeutung innerhalb einer durch die Rechtsordnung zu sichernden freien Wettbewerbsordnung ein. Der Preiswettbewerb [3] ist der zentrale Steuerungs- und Rechnungsfaktor und Garant der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und optimalen Güterversorgung. Seine Aufrechterhaltung muss deshalb soweit wie möglich gewährleistet werden, wenn nicht überwiegende volkswirtschaftliche Interessen seine Beeinträchtigung in einem gewissen Masse rechtfertigen, wie es bei § 16 für Markenwaren der Fall ist [4]. Dieser wirtschaftspolitische Grundsatz gebietet, dass das vertikale Preisbindungsverbot des § 15 immer als Grundsatznorm und § 16 als Ausnahmebestimmung hiervon angewendet werden muss, auch wenn die Markenwarenpreisbindungen quantitativ überwiegen mögen. Eine Umkehr von Regel und Ausnahme würde den wirtschaftspolitischen Grundlagen des Gesetzes zuwiderlaufen. Hieraus folgt weiter, dass § 16 als Ausnahmebestimmung seinem Inhalt nach restriktiv, nicht extensiv ausgelegt werden muss [5]. Die rechtli-

---

1) Dies war bereits in der Amtl. Begründung zum Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in WuW 1951/52, S. 432 ff. der Fall.

2) Vgl. Anm . 1.

3) Zu seinem Verhältnis zu den vertikalen Preisbindungen vgl. S. 12 ff.

4) Vgl. hierzu die volkswirtschaftliche Diskussion um die Preisbindung für Markenwaren, S.163 f.

5) Aus höher stehenden Rechtsgrundsätzen der Gerechtigkeit und der wirtschaftlichen Gleichbehandlung gleichgearteter Fälle kann aber in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine analoge Anwendung zu rechtfertigen sein. Vgl. hinsichtlich der Anwendung des § 16 auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen, S. 189 ff.

chen Grundlagen des GWB sind sowohl in der ehemaligen Reichsgesetzgebung als auch im alliierten Dekartellierungsrecht zu suchen, welches wiederum auf das amerikanische Antitrustrecht zurückgeht.

Die Grundkonzeption der rechtlichen Regelung über vertikale Preisbindungen gem. §§ 15, 16, das gesetzliche Verbot mit der Ausnahmebestimmung für Markenwaren, entspricht dem alliierten Dekartellierungsrecht und der im amerikanischen Antitrustrecht [1] geltenden Regelung. In der Reichsgesetzgebung waren vertikale Preisbindungen zulässig; für Markenwarenpreisbindungen galt keine abweichende Regelung, sie wurden im Gegenteil als hauptsächliches Anwendungsgebiet vertikaler Preisbindungen einer erhöhten Missbrauchskontrolle unterworfen [2]. Hierin erschöpft sich aber der Einfluss der alliierten Dekartellierungsgesetzgebung und des amerikanischen Antitrustrechts auf die §§ 15 ff. GWB. Im übrigen weist die alliierte Dekartellierungsgesetzgebung eine von der deutschen Rechtsordnung unterschiedliche methodische und rechtstechnische Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen auf. Sie hat wohl hinsichtlich ihrer Grundkonzeption noch eine rechtsvergleichende, jedoch keine normative [3] Bedeutung [4] mehr und kann auch nicht zur inhaltlichen Auslegung der Vorschriften des GWB herangezogen werden [5].

---

1) Vgl. Axster, Herbert: Die vertikalen Bindungen im amerikanischen Antitrustrecht, in WuW 1954, S. 242 ff.; Fikentscher, Wolfgang: Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 - 1954, in WuW 1955, S. 2o5 ff.; Oppenheim , Chesterfield: Der Bericht des Nationalen Komitees zum Studium der Antitrustgesetze, 1. Teil, in WuW 1955, S. 442 ff.

2) Vgl. S. 35 ff.

3) Wenn man vom Fortwirken in der Übergangsregelung gem. § 1o6 GWB absieht.

4) Vgl. Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, aaO S. 3.

5) Insbesondere kann auch eine Anwendung der " rule of reason " des amerikanischen Antitrustrechts für das GWB, insbesondere für vertikale Preisbindungen, nicht in Frage kommen. Ihr entspricht aber eine restriktive Auslegung des vertikalen Preisbindungsverbots nach seinem erkennbaren Zweck.

Die inhaltliche und methodische Ausgestaltung der §§ 15 ff., die gesetzliche Terminologie sowie die von der Regelung im GWB erfassten Typen der vertikalen Preisbindungen knüpfen an die bisherige deutsche Reichsgesetzgebung zum Recht gegen vertikale Preisbindungen an. So hat die Begründung zum GWB die Kartellnotverordnung und die hierzu ergangene Ausführungsverordnung [1] ausdrücklich als Vorbild des § 15 bezeichnet. Diese Verordnungen können deshalb, soweit es sich nicht um die Grundkonzeption des Gesetzes handelt, zu Einzelfragen der Auslegung und Anwendung der §§ 15, 16 herangezogen werden [2].

II. Neben den Entstehungsgrundlagen sind die Ziel- und Zwecksetzungen des GWB als rechtliche Handhabe zur Auslegung und Anwendung des Gesetzes zu berücksichtigen. Die Regelung des GWB, insbesondere auch hinsichtlich vertikaler Preisbindungen, stellt - wie ausdrücklich in der Begründung hervorgehoben wird - in erster Linie eine wirtschaftspolitische Entscheidung des Gesetzgebers dar. Das GWB soll die Freiheit des Wettbewerbs als Institution herstellen und sichern und wirtschaftliche Macht dort beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnende Tendenz zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt [3].

Damit ist die Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs und hieraus folgend auch das Verbot vertikaler Preisbindungen kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Erreichung wirtschaftlicher Ziele und zur Verhütung bestimmter wirtschaftlich nachteiliger Folgen. Trotzdem wäre es verfehlt, im GWB nur den Ausdruck gesamtwirt-

---

1) Vgl. S. 32 ff.

2) Insbesondere soweit es sich um in gleicher Weise benutzte rechtliche Begriffe handelt, z.B. die verschiedenen Vertragssysteme der vertikalen Preisbindungen.

3) Vgl. Amtliche Begründung, aaO, S. 462 ff.

schaftlicher Opportunitätserwägungen zu sehen [1].

Durch die Herstellung eines freien Wettbewerbs sollen nicht nur bestimmte wirtschaftliche Folgen garantiert, sondern auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Einzelnen geschützt werden, was im § 15 darin zum Ausdruck kommt, dass den belieferten Unternehmen die Freiheit verbleiben soll, im Wettbewerbe die Preise und Geschäftsbedingungen bei Geschäften mit Dritten selbständig bestimmen zu können [2] [3].

Beide Ziele haben ihre eigenständige Bedeutung und sind zur Begründung und Auslegung der Verbotsnormen heranzuziehen. Insbesondere wird in einzelnen Grenzfällen, wo gesamtwirtschaftliche Zweckmässigkeitserwägungen allein zu einem zweifelhaften Ergebnis führen und eine sichere und klare Rechtsentscheidung nicht ermöglichen, auf den Schutz der persönlichen Wettbewerbsfreiheit abzustellen sein.

Anders ist es, wenn die beiden Ziele hinsichtlich der Auslegung einer Verbotsnorm nicht übereinstimmen. Das ist dann möglich, wenn z.B. persönliche Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit die volkswirtschaftliche Wirksamkeit des Wettbewerbs als Institution, insbesondere seine leistungssteigernde Wirkung nicht wesentlich beeinträchtigen oder aus gesamtwirtschaftlichen Nützlichkeitserwägungen wünschenswert sind; oder umgekehrt

---

1) Vgl. Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, aaO, S. 11 ff., der allerdings davon ausgeht, dass der Wettbewerb nur um seine ökonomischen Folgen verwirklicht wird.

2) Die Sicherung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Einzelnen durch Verhinderung und Kontrolle privater Macht - unbeeinflusst von ökonomischen Zweckmässigkeitserwägungen - war nicht nur Gedankengut des amerikanischen Antitrustrechts, sondern entspricht auch deutscher Rechtstradition. Vgl. Biedenkopf-Callmann-Deringer, aaO, S. 16 ff.

3) Das GWB dient damit auch der Verwirklichung der Menschenwürde und persönlichen Freiheit des Einzelnen.

wettbewerbsbeschränkende Wirkungen und gesamtwirtschaftlich schädigende Folgen schon dann vorliegen, wenn von Wettbewerbsbeschränkungen im eigentlichen Sinne, z.B. bei den Empfehlungen des § 38 Abs. 2, nicht die Rede sein kann. Der Gesetzgeber hat, wie aus der Begründung [1] und der positiven Gesetzesregelung hervorgeht, der wirtschaftspolitischen Zwecksetzung den Vorrang eingeräumt.

Die Ausnahmebestimmungen vom Kartellverbot und Verbot vertikaler Preisbindungen zeigen, dass der Ausschluss der persönlichen Wettbewerbsfreiheit dann gestattet wird, wenn dies unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt oder erforderlich erscheint [2]. Die freie Wettbewerbsordnung soll vorrangig wegen ihrer ökonomischen Folgen verwirklicht werden. Die wirtschaftspolitische Ziel- und Zwecksetzung des Gesetzes ist deshalb bei der Interpretation der Verbotsvorschriften, insbesondere auch bei den §§ 15, 25, 38 Abs. 2 GWB, welche die vertikalen Preisbindungen und Preisempfehlungen betreffen, immer zu berücksichtigen.

Die freie Wettbewerbsordnung dient schliesslich im allgemeinen Lebensbereich der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens innerhalb der Marktwirtschaft [3], sie ist Teil der Gesellschafts- und Sozialordnung. Der Gesetzgeber hat bestimmte soziale Zwecke im GWB verwirklicht, zu deren Gunsten rein ökonomische Erwägungen zur Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs in den Hintergrund treten. Im Bereich der vertikalen Preisbindungen kommt dies insbesondere im Schutz der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Mittelstandes in §§ 16, 38 Abs. 2 S. 3 zum Ausdruck [4].

---

1) Diese spricht nur von der wirtschaftspolitischen Zielsetzung und den ökonomischen Folgen der Herstellung des Wettbewerbs als Institution.

2) Vgl. Schmitz, aaO, S. 1705.

3) Vgl. Rittner, Fritz: Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957, S. 77 ff.

4) Vgl. auch Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

III. Die Auslegung und Anwendung des GWB nach seinem erkennbaren wirtschaftspolitischen Sinn und Zweck kann jedoch allein nicht genügen. Das GWB ist als Teil der allgemeinen Rechtsordnung den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Auslegung und Anwendung rechtlicher Normen unterworfen. Die Anwendung der Verbotsnormen und der Ausnahmetatbestände muss deshalb trotz der Berücksichtigung der an wirtschaftlichen Zweckmässigkeitserwägungen orientierten wirtschaftspolitischen Zwecksetzung den Erfordernissen der Rechtssicherheit genügen und eine billige und gerechte Sachentscheidung ermöglichen.

Die Verwirklichung der Gerechtigkeitsidee als höchsten Grundgedanken des Rechts [1], die in einer gerechten und gleichmässigen Behandlung wirtschaftlich gleichgearteter und in ihren Folgen gleich zu bewertender wettbewerblicher Verhaltensweisen zum Ausdruck kommt, muss deshalb unbeschadet des gesetzgeberischen Willens und der wirtschaftspolitischen Zwecksetzung auch im GWB gewährleistet sein [2].

Das kann im Einzelfall dazu führen, dass die teleologische Betrachtungsweise zu Gunsten einer gerechten, billigen und rechtssicheren Sachentscheidung zurücktreten muss. Das gilt nicht nur für die Verbotsnormen und deren zugehörige Ausnahmebestimmungen wie §§ 15, 16, 25, sondern auch für die Ermessensentscheidungen der Kartellbehörde im Sinne des § 17 GWB. Obwohl es sich hierbei um spezifisch wirtschaftspolitische Entscheidungen handelt, die auf einer Abwägung ökonomischer Vor- und Nachteile beruhen und deshalb nicht Tatbestand einer Rechtsnorm sein können, besteht die Pflicht zu sachgebotenem Verhalten unter Ausschaltung sachfremder Motive und zur Beachtung des Rechts, insbesondere einer

---

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, aaO, S. 211.

2) Diese Frage wird bei der analogen Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 16 auf vertikale Preisempfehlungen aufgeworfen, vgl. S. 189 ff.

gleichen und gerechten Behandlung [1].

§ 9 : Der Geltungsbereich und Inhalt des vertikalen Preisbindungsverbots

Vertikale Preisbindungsverträge sind nach § 15 GWB nichtig. In § 15 heisst es: " Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes beziehen, sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schliesst ".

I. Der sachliche Geltungsbereich dieser Bestimmung bezieht sich auf vertikale Preisbindungsverträge, bei denen das für Kartellverträge wesentliche Element des gesellschaftlichen oder zumindest gesellschaftsähnlichen Zusammenschlusses fehlt [2].

Der Nichtigkeit unterliegen deshalb autonome vertikale Preisbindungsverträge zwischen Unternehmen, bei denen jede Vertragspartei ihre Individualinteressen verfolgt [3] [4]. Diese Auffassung wird aus dem Aufbau und dem Wortlaut der Überschriften des Gesetzes, das den " Kartellverträgen und -beschlüssen " im I. Abschnitt die " sonstigen Verträge " im II. Abschnitt folgen lässt, bestätigt. Sie ergibt sich weiter aus dem Wortlaut des § 15, in dem das Merkmal des " gemeinsamen Zweckes "

---

1) Vgl. Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgem. Teil, 7. neub. Aufl., München und Berlin 1958, S. 85.

2) Zu diesen Begriffen vgl. S. 11.

3) Vgl. die Amtl. Begründung, aaO, S. 467 ff.

4) Über das nähere Verhältnis der §§ 1 und 15 GWB vgl. S. 154 f.

fehlt, aus dem Zweck des § 15 sowie nicht zuletzt aus dem dokumentierten Willen des Gesetzgebers [1].

§ 15 erfasst nur solche Individualverträge, welche die Freiheit eines oder beider Vertragsbeteiligten in der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen beschränken. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, die sich auf andere Vertragsbestandteile als Preise oder Geschäftsbedingungen beziehen, wie etwa Bezugs- und Absatzbindungen sowie Ausschliesslichkeitsklauseln [2], unterliegen nicht der Nichtigkeitsfolge des § 15 GWB.

Die vertikalen autonomen Preisbindungsverträge sind jedoch in einigen besonderen Wirtschaftsbereichen völlig oder teilweise von der Regelung der §§ 15 ff. GWB ausdrücklich ausgenommen:

1) Personen- und Güterverkehr zu Lande, auf dem Wasser und in der Luft gem. § 99 GWB, wobei allerdings für den Landverkehr einschliesslich Bundespost und Bundesbahn hinzukommen muss, dass die Preise öffentlich-rechtlich tarifmässig geregelt sind, da andernfalls die allgemeinen marktwirtschaftlichen Prinzipien wieder zur Anwendung kommen [3].

2) Verkehr mit Lebensmitteln [4] gem. § 1oo Abs. 8 GWB, soweit öffentlich-rechtliche Preisregelungen Wettbewerbsbeschränkungen zulassen.

3) In der landwirtschaftlichen Produktion gem. § 1oo Abs. 2 und 3 GWB, soweit Erzeugerbetrieb oder deren Vereinigung vertikale Preisbindungen über Saatgut

---

1) Vgl. Amtl. Begründung, aaO, S. 467 ff.

2) Vgl. §§ 18 ff. GWB.

3) Vgl. auch Langen, Eugen: Das Kartellgesetz, 3. Aufl. Neuwied 1957, zu § 99, Anm. II, S. 412.

4) Die gesetzlichen Regelungen für Getreide, Futtermittel, Zucker, Milch, Milcherzeugnisse, Fette, Vieh und Fleisch.

durchführen oder es sich um Verträge über die Sortierung, Kennzeichnung oder Verpackung landwirtschaftlicher Erzeugnisse handelt.

4) Für die Bundesbank, die Landeszentralbanken und die Kreditanstalt für Wiederaufbau gem. § 1o1 Nr. 1 GWB generell sowie für diejenigen Preisbindungen der Banken, Sparkassen, Versicherungen, Bausparkassen und sonstigen in § 148 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen genannten Unternehmen, die dem Gesetze über das Kreditwesen bzw. dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen unterliegen: § 1o2 GWB [1].

5) Innerhalb des Montanunionvertrages vom 18.4.1951 gem. § 1o1 Nr. 3 GWB.

6) Für Leistungen und Entgelte auf Grund des Branntwein- und Zündwarenmonopolgesetzes gem. § 1o1 Nr. 2 GWB.

7) Für bestimmte Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser mit anderen Versorgungsunternehmen oder Gebietskörperschaften.

Dieser sachliche Ausnahmebereich ist jedoch teilweise, und zwar in den Fällen des § 99 Abs. 2 und der §§ 1oo und 1o3 GWB, einer Missbrauchskontrolle gem. § 1o4 GWB unterworfen.

Der örtliche Geltungsbereich des Preisbindungsverbots ist gem. § 15 auf Verträge beschränkt, " die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes beziehen ". Vertikale Preisbindungen, die ausschliesslich Exportpreise betreffen, sind deshalb immer zu-

---

1) Vorgesehen ist allerdings eine Missbrauchskontrolle nach § 1o2 Abs. 2 GWB.

lässig. Umgekehrt findet § 15 GWB Anwendung, wenn sich vertikale Preisbindungen, die im Ausland veranlasst worden sind, gem. § 98 Abs. 2 GWB auf inländische Märkte auswirken. Dem Sinn und Zweck des Gesetzes nach ist die verschiedenartige Redewendung des Gesetzgebers in § 15 und § 98 Abs. 2, die sich beide ergänzen, in gleicher Weise aufzufassen: Vertikale Preisbindungen, welche unmittelbar die Preisbildung auf den Märkten des Bundesgebiets und Westberlins [1] betreffen [2], also die Inlandspreise bestimmen, unterliegen dem Preisbindungsverbot, weil sonst die Institution des Wettbewerbs und die Entschliessungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer beeinträchtigt würde. Für die Anwendung der §§ 15 ff. GWB kommt es mithin nicht auf den Wohnsitz der Vertragsbeteiligten oder den Ort des Vertragsabschlusses an [3].

Allgemeine Voraussetzung des vertikalen Preisbindungsverbots bleibt jedoch, dass nach den Grundsätzen internationalen Rechts das deutsche Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf die betreffenden Verträge überhaupt anwendbar ist [4].

II. Da das Gesetz allgemein von " Verträgen " spricht, werden von dem Verbot die verschiedenartigsten Individualverträge erfasst: Insbesondere aber Kauf-, Miet-, Pacht- sowie sonstige Austauschverträge [5]. Die Verträge müssen

---

1) Laut § 1o7 GWB.

2) Hingegen nicht die mittelbaren wirtschaftlichen Auswirkungen einer im Auslande existierenden Preisbindung, die sich in der blossen Höhe des Preisgefüges bei Importen äussert.

3) Die Regelung des Strafrechts in §§ 3, 4 StGB kann mithin keine Anwendung finden. Vgl. Langen, Eugen: Kartellgesetz, aaO, zu § 98, Anm. III.

4) Diese Folge kann im einzelnen nicht weiter behandelt werden.

5) Unter Verträgen sind ersichtlich die Einzelverträge zwischen preisbindenden Unternehmen und den jeweiligen Vertragspartnern, nicht jedoch schon die Reverssysteme in ihrer Gesamtheit gemeint.

jedoch den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen zwischen Unternehmen zum Gegenstand haben [1].

Die Begriffe der " Ware " und " gewerblichen Leistung " können nicht aus dem Handels- und Gewerberecht übertragen werden, sondern müssen eine dem GWB sinn- und zweckentsprechende Anwendung finden. Während im § 1 Abs. 2 Nr. 1 des HGB und entsprechend auch in §§ 55, 44 der Gewerbeordnung allgemein [2] [3] unter Waren nur bewegliche Sachen verstanden werden, müssen als Waren im Sinne des GWB alle Gegenstände verstanden werden, die Objekt des Handelsverkehrs sein können [4]. Der Schutzzweck des GWB, nämlich die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit auf den Märkten, würde eine Beschränkung der Waren auf bewegliche Sachen nicht rechtfertigen. Damit gehören sämtliche industriellen, land- und forstwirtschaftlichen sowie bergbaulichen Erzeugnisse und vor allem auch unbewegliche Sachen wie Grundstücke [5] zum Warenbegriff der §§ 1, 15 GWB. Ausgeschlossen sind hingegen die Arbeits- und Dienstleistungen sowie diejenigen gewerblichen Schutzrechte [6], die durch die §§ 2o ff. GWB erfasst werden.

Ebenso umfasst der Begriff der gewerblichen Leistungen

---

1) Zu beachten ist aber die Sonderbestimmung der §§ 2o, 21 GWB über gewerbliche Schutzrechte, vgl. S.154.

2) Vgl. Würdinger, Hans: in Reichsgerichtsrätekommentar z. HGB, 2. Aufl., Berlin 1953, zu § 1, Anm. 24.

3) Vgl. Landmann-Rohmer, neub. von Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, Komm., 1. Bd., 11. Aufl., München und Berlin 1956, zu § 55, Anm. 8.

4) Vgl. hierzu die Begriffsbestimmungen für das UWG bei Baumbach-Hefermehl, aaO, zu § 2 und Reimer, aaO, S. 19, 623.

5) Dem Reichsgericht, das in RGZ Bd. 134, S. 49 Grundstücke nicht unter § 2 UWG fallen lässt, kann insoweit nicht gefolgt werden.

6) Soweit Rechte überhaupt dem Handelsverkehr unterliegen.

im weitesten Sinne alle Erzeugnisse und Tätigkeiten, die auf dem Gebiete des gewerblichen Lebens verwendet werden können und dem marktwirtschaftlichen Verkehr dienen, auch wenn diese nicht aus dem gewerblichen Bereich, sondern etwa von freiberuflichen Tätigkeiten eines Künstlers herrühren [1].

Die Verträge über Waren und gewerbliche Leistungen werden aber nur dann von § 15 GWB erfasst, wenn beide Vertragspartner Unternehmen, also keine Privatpersonen sind und die Waren oder gewerblichen Leistungen innerhalb des Unternehmens disponiert werden, wobei gleiche Branchezugehörigkeit nicht verlangt wird.

Unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen vorliegt, kann sich ebenfalls nicht nach den Unternehmensdefinitionen im Handels- und Wirtschaftsrecht richten. Insbesondere wird nicht, wie im HGB und Gewerberecht, eine dauernde, auf Gewinn oder Erwerb gerichtete Tätigkeit [2] zu verlangen sein. Vielmehr genügt nach dem Sinn und Zweck des GWB [3], dass sich ein wirtschaftlichen oder ideellen Zwecken dienendes, einheitliches, betriebliches [4] Gebilde zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse an dem marktwirtschaftlichen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen geschäftsmässig beteiligt.

Demgemäss werden auch gem. § 98 GWB die im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Unternehmen von § 15 GWB

---

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO, zu § 2.

2) Vgl. Landmann-Rohmer, aaO, S. 43.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 73 und Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache Nr. 1158, 2 Wahlperiode, Bonn 1954/55, zu § 1o.

4) Zum Begriff des Betriebes, der gleichlautend wie im Arbeitsrecht verwendet werden kann: Vgl. Hueck, Alfred Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. neub. Aufl., 1. Band, Berlin und Frankfurt 1955, S. 85 und Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2. neub. Aufl., Göttingen 1954, S. 29, 411.

mit erfasst, ebenso fallen das Handwerk und die Genossenschaften als besondere Rechtsform sowie die gesellschafts- oder verbandsrechtlich organisierten Unternehmensvereinigungen unter den Unternehmensbegriff [1]. Die Eigentumsverhältnisse an einem Unternehmen sind hierbei unerheblich. Die freien Berufe [2] gehören hingegen nach der vom Gesetzgeber gegebenen Definition nicht zu den Unternehmen, da ihre typische Tätigkeit nicht den am wirtschaftlichen Wettbewerb ausgerichteten marktwirtschaftlichen und geschäftsmässig betriebenen Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen betrifft.

Die inhaltliche Gemeinsamkeit der in § 15 GWB verbotenen Preisbindungsverträge zwischen Unternehmen liegt darin, dass voneinander unabhängige, rechtlich selbständige Vertragsbeteiligte über den Vertragszweck des einzelnen Vertragstyp hinaus in ihrer unternehmerischen Preisgestaltungsfreiheit bei Verträgen gegenüber Dritten eingeschränkt werden. Liegen jedoch solche Preisbindungen in der Natur des zwischen den Vertragsparteien bestehenden Rechtsverhältnisses, wie es beim Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag aus dem Gesichtspunkt der Weisungsbefugnis und des Treueverhältnisses der Fall ist, dann findet § 15 GWB keine Anwendung. Demzufolge sind Preisbindungen in den wirtschaftlich bedeutenden Fällen der Agentur- und Kommissionsverträge zwischen Auftragge-

---

1) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob sie Kartelle darstellen können. Zum Unternehmungscharakter der Genossenschaften vgl. Draheim, G., Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, Göttingen 1954 und Dülfer, Eberhard: Zur Frage des Unternehmungscharakters der Genossenschaft, in Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Bd. 6, 1956, S. 265 ff.

2) Ärzte, Architekten, freischaffende Ingenieure und Künstler, zum grössten Teil aber für vertikale Preisbindungen wohl kaum von Belang, vgl. BGH in WuW 1955, S. 192 für das Dekartellierungsrecht, vgl. auch Langen, Komm., aaO, S. 55.

ber und unselbständigen oder zumindest weisungsgebundenen Beauftragten, zwischen Kommittent und Kommissionär im gewöhnlichen Rechtsverkehr zulässig [1] [2] .

In solchen Verträgen würde die Wahrung der Preisgestaltungsfreiheit des Vertreters zu einer Aufhebung des im BGB geregelten Rechtsinstituts der Vertretung führen.

Fraglich ist aber, ob eine blosse wirtschaftliche Abhängigkeit ohne Hinzutreten eines besonderen Treueverhältnisses - wie dies bei Konzernunternehmen der Fall sein kann - genügt, um § 15 GWB auszuschliessen. § 15 GWB geht von rechtlich selbständigen Unternehmen aus. Es besteht kein durch den Zweck des Gesetzes oder sonstigen billigen Interessenabwägungen gerechtfertigtes Bedürfnis,auf eine blosse wirtschaftliche Abhängigkeit abzustellen, zumal solche Abhängigkeiten im Wirtschaftsleben in vielfältigen, schwierig abgrenzbaren Formen existieren und zu einer vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten Aushöhlung des § 15 GWB führen würden.

III. Nach § 15 GWB brauchen die vertikalen Preisbindungen nicht einseitig den Abnehmer zu treffen, es genügt, wenn irgendein vertragsbeteiligtes Unternehmen gebunden wird; so kann z.B. ein Händler einen Hersteller verpflichten, seine Erzeugnisse an andere Wettbewerber

---

1) Vgl. Amtl. Begründung, aaO, S. 467 ff.

2) Z.B. wenn Verleger ihre Werbungsmittler oder Treibstoffirmen ihre Verkaufsagenten (Tankstellen) an bestimmte Wiederverkaufspreise binden. Auch die Verträge im Bereich der Heimarbeit zwischen den auftraggebenden Unternehmen, Zwischenmeistern und Heimarbeitern bzw. Hausgewerbetreibenden unterliegen nicht den §§ 15 ff. GWB, weil Zwischenmeister, Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende, mögen sie auch teilweise persönlich selbständig sein, für Rechnung des Auftraggebers arbeiten und deshalb weisungsgebunden sowie wirtschaftlich abhängig sind.

nur zu bestimmten Preisen abzugeben [1]. Es sind jedoch insbesondere folgende Beschränkungen der Preisgestaltungsfreiheit möglich [2]:

1) Bindungen hinsichtlich der Weiterveräusserung der gelieferten Waren, die insbesondere auf dem Markenwarensektor unter der Ausnahmebestimmung des § 16 GWB vorkommen.

2) Bindungen hinsichtlich der Weiterveräusserung anderer als der gelieferten Waren. Andere Waren im Sinne des § 15 GWB sind neben den selbst hergestellten oder von anderen Unternehmen erworbenen Waren [3] auch die Fertigprodukte des Abnehmers im Verhältnis zu den vom Vertragspartner gelieferten Halbfertigwaren oder Vorprodukten, selbst dann, wenn das Vorprodukt die für den Kaufentschluss des Verbrauchers ausschlaggebenden Eigenschaften aufweist, die Fertigware nach genauen Verarbeitungsanweisungen des Herstellers aus dem Rohmaterial angefertigt ist und unter der Marke des Vorprodukts verkauft wird [4].

3) Bindungen hinsichtlich gewerblicher Leistungen gegenüber Dritten, wobei hier insbesondere die Verwendung der gelieferten Waren oder vertraglich gewährten gewerblichen Leistungen in Betracht kommen (jedoch auch andere Waren und gewerbliche Leistungen). Hierunter fällt z.B. die den Deko-

---

1) Vgl. Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz, herausgegeben vom Markenverband, in MA 1958, S. 427 ff.

2) Vgl. Langen, Komm., aaO, zu § 15, Anm. II, 4.

3) Etwa wenn ein Uhrenhersteller den Uhrenhandel auch im Wiederverkaufspreis für Uhren anderer Hersteller bindet.

4) Vgl. Tagung der Kartellreferenten in Stuttgart vom 5.6.1957, in WuWE, Teil II, KRT 36. Etwa wenn das Textilstoffe liefernde Unternehmen die belieferten Abnehmer in der Preisfestsetzung ihrer hergestellten Konfektionen bindet.

rationsgeschäften vom Hersteller auferlegte Verpflichtung, für das Verlegen des gelieferten Linoleums bestimmte Preise einzuhalten, weiter die von den Kfz-Herstellern vorgenommene Preisbindung des Handels und Handwerks für Reparaturen und Inspektionen.

Die Beschränkungen in der Freiheit der Gestaltung der Preise umfassen nicht nur den Verkaufspreis als solchen, sondern auch die konkreten Preisbestandteile und preisbestimmenden Kostenfaktoren sowie die konkreten Preisgestaltungsgrundsätze. Dies folgt aus dem Zweck des GWB, das Beeinträchtigungen der konkreten Entschliessungsfreiheit der einzelnen Wirtschaftssubjekte sowie Preiserstarrungstendenzen aus volkswirtschaftlichen Gründen verhindern will. Hingegen kann die Mitteilung abstrakter Kalkulationsschemata, bei denen die Einsetzung konkreter Kostenfaktoren dem Einzelnen überlassen bleibt oder eingesetzte Kalkulationsfaktoren sich als willkürlich gewählte Beispiele darstellen, die nicht den Eindruck der Allgemeingültigkeit erwecken können [1], nicht als Eingriff in die individuelle Preisgestaltungsfreiheit angesehen werden.

Die Abgrenzung der Preisbestandteile von den Zahlungsbedingungen, die weniger in § 15 - wo auch die Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Geschäftsbedingungen erwähnt ist - als in § 16 bedeutsam ist [2], weil dort vom Verbot nur Preisbindungen freigestellt sind, liegt im folgenden. Preisbestandteile sind geeignet, unmittelbar den Verkaufspreis zu beeinflussen. Es handelt sich hierbei neben den Selbstkosten einer Ware insbesondere

---

1) Das galt nicht nur unter der Zeit des Dekartellierungsrechts, vgl. auch den Brief des Bundeswirtschaftsministeriums an den Gesamtverband des Deutschen Gross- und Aussenhandels vom 9.6.195o, in WuWE, BWM 4.

2) Vgl. S. 185.

um die Gewinnaufschläge und die sogen. Erlösschmälerungen, wozu insbesondere die Preisnachlässe und hier wieder der Rabatt [1] gehört. Während die echten Rabatte wie Mengen-, Umsatz-, Treu-, Saison-, Gross- und Einzelhandelsrabatte unbestritten als echte Erlösschmälerungen Preisnachlässe darstellen [2], ist diese Annahme für die Barzahlungsrabatte, d.h. Skonti sowie Ratenzahlungszuschläge fraglich. Ihrem Wesen nach sind Skonti und Ratenzahlungszuschläge keine echten Preisbestandteile, sondern Zahlungsmodalitäten [3], da sie einen Nachlass für die vorzeitige oder einen Zuschlag für die spätere Begleichung einer Schuld gewähren. Die echten Skonti und die Ratenzahlungszuschläge gehören deshalb nicht zur Gestaltung der Preise, sondern der allgemeinen Geschäfts- und Zahlungsbedingungen im § 15 GWB. Obwohl die Gewährung von Skonti - insbesondere für Verbraucher - eine ähnliche wirtschaftliche Wirkung wie eine Rabattgewährung haben kann, gebietet die gesetzliche Unterscheidung zwischen Preisen und Geschäftsbedingungen eine klare Abgrenzung nach Wesen und Funktion der Rabatte und Skonti. Eine Ausnahme wird allerdings dann gelten können, wenn es sich um branchenunübliche Skonti oder um handelsunübliche Berechnungen von Teilzahlungszuschlägen handelt, welche die wirtschaftliche Funktion von Preisnachlässen einnehmen sollen und demzufolge auch als solche zu behandeln sind. Entscheidend kann deshalb immer nur die wirtschaftliche Funktion der Nachlässe,

---

1) Vgl. die Regelung in §§ 1, 2 ff. Rabattgesetz vom 25.11.1933 i.d.F. vom 21.7.1954.

2) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 68. Schreiben des Bundeskartellamtes, in Bundesanzeiger vom 22.11.1958, Nr. 225. Ferner Gleiss, Alfred: Ist die Bindung von Rabatten bei Markenartikeln zulässig?, in NJW 1953, S. 1456; Huber, aaO, S. 406; Nibler, Franz: Über die Grenzen der vertikalen Bindung bei Markenwaren, in NJW 1954, S. 369 ff.

3) die sich betriebswirtschaftlich als neutrale Aufwendungen und Erträge ausweisen.

nicht aber ihre äussere Kennzeichnung sein [1].

Ihrer wirtschaftlichen Funktion nach sind Zugaben, d.h. zusätzliche Waren oder Leistungen, die der Gewährende über das vom Empfänger im Handel Gewünschte hinaus aus freien Stücken und ohne Berechnung der Hauptware oder Hauptleistung zugibt, ebenfalls Preisbestandteile.
Die Warenrückvergütungen der Genossenschaften stellen weder Preisbestandteile dar, noch gehören sie zu den Geschäftsbedingungen, weil sie weder nach ihrem Rechtsgrund noch nach ihrer Funktion Bestandteil des Austauschvertrages zwischen Lieferant und Abnehmer sind, sondern vielmehr eine besondere Form der Gewinnausschüttung an die Genossen [2]. Sie fallen deshalb nicht unter §§ 15 ff. GWB.[3]

IV. Das Verbot vertikaler Preisbindungen nach § 15 GWB bezieht sich dem Wortlaut dieser Vorschrift nach auf Verträge, welche die Vertragsbeteiligten in der Preisgestaltungsfreiheit beschränken.

Aus dieser gesetzlichen Formulierung ergibt sich, dass von § 15 nicht nur Preisbindungen kraft rechtlicher Verpflichtung erfasst sind, sondern alle vertraglichen Preisbindungen, also auch solche, die durch im Vertrag aufgenommene tatsächliche Massnahmen, durch " indirekten Zwang " [4], mithin durch einen bewuss-

---

1) Über die Frage der Anwendung bei § 16 GWB siehe S. 188 f. Zu den Skonti vgl. auch Michel-Weber-Gries, Das Rabattgesetz, 2. erw. und erg. Aufl., München und Berlin 1957, zu § 4, Anm. 3.

2) Vgl. Paulick, Heinz: Die Warenrückvergütung, ihr Wesen und ihre steuerliche Behandlung, Bd. V der Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Neuwied 1951.

3) Vgl. hierzu auch Trescher, Karl: Ausschluss der Warenrückvergütung durch vertikale Preisbindung?, in Betriebsberater 1959, S. 1oo ff.; ferner Menzel, Bernhard: Preisbindung und Jahresrückvergütungen im einzelwirtschaftlichen und genossenschaftlichen Grosshandel, in WuW 196o, S. 174 ff.

4) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1o und Langen, Komm., aaO, zu § 15, Anm. III, 3.

ten wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Druck auf die Entschliessungsfreiheit [1] zustandekommen. Der Gesetzgeber wollte damit klarstellen, dass auch tatsächliche Beschränkungen der Preisgestaltungsfreiheit vom Verbot des § 15 erfasst werden und zur Nichtigkeit des Vertrages führen sollen [2]. Allerdings gilt § 15 nur für solche tatsächlichen Preisbindungen, die in Verträgen der in § 15 genannten Art, sei es durch Reverse, Geschäftsbedingungen oder mündliche Vertragsergänzung, festgelegt sind [3]. Diese Auslegung folgt aus dem Wortlaut des § 15, in dem ausdrücklich nur von Verträgen gesprochen wird, welche die Preisgestaltungsfreiheit der Vertragsbeteiligten beschränken. Der Wille des Gesetzgebers, nur vertraglich festgelegte Wettbewerbsbeschränkungen durch § 15 zu erfassen, kommt auch in der Begründung zum Ausdruck, in der es heisst [4]:
" Bei wettbewerbsbeschränkenden Rechtsgeschäften kann das Gesetz an die zivilrechtliche Wirkung dieser Rechtsgeschäfte anknüpfen. Zur Verhütung rein tatsächlicher wettbewerbsbeschränkender Massnahmen ist dagegen eine andere Technik anzuwenden. " Demzufolge haben solche vertikale Preisbindungen kraft tatsächlicher Massnahmen,die nicht in den Individualverträgen, insbesondere den Kaufverträgen, Eingang gefunden haben, sondern nur auf ausservertraglichen Mitteilungen oder sonstigen tatsächlichen Beziehungen beruhen, nicht nach § 15 GWB die Nichtigkeit des etwa zugrundeliegenden Liefervertrages zur Folge. Auf sie findet vielmehr das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens gemäss § 25 GWB Anwendung [5], das die Ergänzung zu § 15 darstellt. Die unterschiedliche Behandlung der tatsächlichen Preisbindungen, je nachdem, ob sie im Vertrag Aufnahme gefunden haben oder nicht,

---

1) Vgl. S.96 ff.

2) Vgl. Änderungsvorschläge des Bundesrats, aaO, in WuW 1951/52, S. 664 ff.

3) Vgl. Rasch, Komm., aaO, zu § 15 und BGHZ in Der Betrieb 1958, S. 1213.

4) Vgl. Begründung, aaO, S. 24.

5) Vgl. S. 96 ff.

erscheint als einzige methodische Möglichkeit, Preisbindungen so weitgehend wie möglich in einer gesetzlichen Regelung zu erfassen.

§ 1o : Die zivilrechtliche Wirkung des Verbotes und ihre Grenzen

I. § 15 GWB bestimmt, dass vertikale Preisbindungsverträge - sofern nicht die Ausnahme des § 16 vorliegt - , nichtig sind [1]. § 15 enthält demnach ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB [2], weil die von den Parteien im Vertrag als gewollt bezeichnete vertikale Preisbindung vom Gesetz aus öffentlichen Interessen endgültig versagt ist. Die endgültige Nichtigkeit der Verträge nach § 15 ergibt sich aus einer vergleichenden Gegenüberstellung mit dem § 1, in welchem der Gesetzgeber von der Unwirksamkeit der Kartellverträge spricht. Der Gesetzgeber [3] wollte in § 1 damit zum Ausdruck bringen, dass ein unwirksamer Kartellvertrag unter den Voraussetzungen der §§ 2 ff. ex nunc genehmigt werden kann und damit für die Zeit der Unwirksamkeit nicht gänzlich ohne rechtsgeschäftliche Wirkung, insbesondere im Hinblick auf §§ 3o9, 3o8 BGB sein soll. Demgegenüber ist eine nachträgliche Genehmigung eines nichtigen Preisbindungsvertrages gem. § 15 GWB nicht möglich. Der § 16 Abs. 4 GWB stellt keine solche Erlaubnis im Sinne §§ 2 ff. GWB

---

1) Darüber entscheiden gem. § 87 GWB die ordentlichen Gerichte. Eine evtl. Nichtigkeit nach § 138 BGB bleibt unberührt.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu §§ 1 und 1o, S. 31 und 36.

3) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1, S. 31. Siehe demgegenüber Benisch, Zur Rechtslage ... aaO, S. 5 und Friedlaender, Heinrich: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in JZ 1957, S. 65o. Eine Ordnungswidrigkeit bildet jedoch gem. § 38 Abs. 1 Nr. 1 erst das Hinwegsetzen über einen unwirksamen Vertrag, mithin seine Realisierung, nicht schon sein Abschluss. Über Schadensersatzansprüche vgl. S. 156 ff.

dar, sondern nur eine Ordnungsvorschrift gem. § 16 GWB bereits materiellrechtlich zulässiger Preisbindungen. Vertikale Preisbindungen, welche die Voraussetzungen des § 16 erfüllen, erlangen gem. § 16 Abs. 4 aber erst vom Zeitpunkt der Anmeldung durch das Bundeskartellamt an Rechtswirksamkeit. Für diese Preisbindungen muss deshalb für die Zeit des Vertragsabschlusses bis zum Abschluss des Verfahrens nach § 16 Abs. 4 entsprechendes wie zu § 1 GWB gelten [1].

II. Das Verbot ergreift nach dem Sinn und Zweck des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht den obligatorischen Gesamtvertrag im Sinne des § 15 GWB, sondern nur die Einzelbestimmungen, welche die Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen bei Verträgen mit Dritten beschränken [2]. Diese Ansicht wird auch durch die wörtliche Fassung des § 15 gestützt, in der die Verträge für nichtig erklärt werden " soweit " sie die Preisgestaltungsfreiheit beschränken. Der Hauptzweck der Individualverträge, nämlich den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen zu vollziehen, bleibt daher vom Verbot unberührt.

Aus dem Sinn und Zweck des § 15 GWB [3] ergibt sich auch, dass das Verbot unmittelbar nur in das Verpflichtungsgeschäft eingreift. Das Preisbindungsverbot betrifft beide Vertragsparteien, die eine Preisbindung vereinbaren und bezweckt die Sicherung der Institution des freien Wettbewerbs. Gegenstand des

---

1) Vgl. auch S. 223 f.

2) Für die Zeit des Dekartellierungsrechts vgl. BGHZ, Bd. 17, S. 41 (betreffend Lizenzverträge) und OLG Nürnberg, in Betriebsberater 1956, S. 416.

3) Ob ein gesetzliches Verbot das Erfüllungsgeschäft ergreift, bestimmt sich nach seinem Zweck, vgl. Erman-Westermann, Handkomm. z. BGB, 2. neub. Aufl., Münster 1958, zu § 134, Anm. 14; Palandt-Danckelmann, aaO, zu § 134, Anm. 1 c und Begründung, aaO, zu § 1o; ferner RGZ in JW 1931, S. 2o88 und BGHZ in NJW 1954, S. 515.

Verbots ist deshalb die Verhütung der Preisbindung eines Vertragsbeteiligten hinsichtlich Verträgen, die er mit Dritten abschliesst, nicht jedoch die Verhinderung der Erfüllung der zugrundeliegenden Individualverträge zwischen den vertragsbeteiligten Unternehmen. Das Gesetz will durch die Sicherung der Wettbewerbsfreiheit auf den Märkten den wirtschaftlichen Austausch fördern, nicht aber vertraglich vereinbarte Vermögensverschiebungen hemmen. Es entspricht deshalb der ratio legis und dem Willen des Gesetzgebers, wenn die Nichtigkeitsfolge auf das Verpflichtungsgeschäft, welches die Preisbindungsklausel gewöhnlich in den Reversen oder Geschäftsbedingungen enthält, beschränkt bleibt.

Ob und inwieweit die Nichtigkeit der Preisbindungsklausel innerhalb der Verträge den obligatorischen Gesamtvertrag oder gar darüber hinaus das Erfüllungsgeschäft erfassen kann, soll sich nach der Begründung zum GWB [1] nach § 139 BGB richten.

Voraussetzung der Anwendung dieser Bestimmung ist allerdings, dass sich aus dem Inhalt und Zweck der Verbotsvorschrift nicht eine andere Regelung ergibt, insbesondere ausdrücklich und ausschliesslich nur eine teilweise Nichtigkeit und die Aufrechterhaltung des übrigen Vertrages vorgesehen ist [2]. Eine solche ausdrückliche Begrenzung der Nichtigkeit kann aus dem " Soweit " - Satz des § 15 GWB entnommen werden [3], da es dem Gesetzgeber ersichtlich nur darauf ankommt, die Institution Wettbewerb im Allgemeininteresse und die Wettbewerbsfreiheit zum Schutz der betroffenen Ver-

---

1) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1o.

2) Vgl. Palandt-Danckelmann, aaO, zu § 139, Anm. 2 und RGZ Bd. 146, S. 119.

3) Eine andere Sachlage ergibt sich bei den durch die Kartellbehörde gem. § 17 GWB für nichtig erklärten vertikalen Preisbindungen für Markenwaren, wo der Gesetzgeber auch ausdrücklich in § 19 auf die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen verweist.

tragsbeteiligten zu garantieren, nicht jedoch die Wirkung des § 15 auf den wirtschaftlichen Austausch vom Willen der Vertragspartner abhängig zu machen. Würde die Nichtigkeit der Preisbindungsklauseln grundsätzlich nach § 139 BGB zur Nichtigkeit des ganzen Vertrages führen, so würde der Zweck des Gesetzes, nämlich die Aufrechterhaltung und Förderung des Wettbewerbs in sein Gegenteil verkehrt werden. Dies gilt einmal für Altverträge, die bereits vor Inkrafttreten des GWB geschlossen worden sind, da hier die Vertragsbeteiligten nicht mit Sicherheit die Nichtigkeitsfolge der Gesetzesregelung vorhersehen konnten. Bei Neuverträgen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen wurden, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sich die Parteien [1] der Nichtigkeit der Preisbindungsklausel bewusst waren. Dann ist aber für die Anwendung des § 139 BGB kein Raum mehr, weil keine rechtsgültigen Willenserklärungen bezüglich der Preisbindungsklausel abgegeben werden konnten und somit das Rechtsgeschäft nur von den übrigen Vertragsbestimmungen gebildet wird [2]. Die gegenteilige Ansicht [3], die den tatsächlichen Parteiwillen berücksichtigt wissen will, begegnet demgegenüber Bedenken, weil der tatsächliche Wille, der auf ein nichtiges Rechtsgeschäft hinzielt, nicht schutzwürdig ist und deshalb gegenüber dem übergeordneten wirtschaftlichen Zweck und öffentlichen Interesse keine Berücksichtigung finden kann.

Eine Ausnahme im Sinne einer Gesamtnichtigkeit kann im Einzelfall nur gelten, wenn die Preisbindungsklausel als wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäfts anzusehen ist, ohne deren die übrigen vertraglichen

---

1) Vor allem, wenn es sich wie im Normalfall um grössere Unternehmen handelt.

2) Enneccerus-Nipperdey: Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Halbband, 14. neub. Aufl., Tübingen 1955, § 2o2, S. 871 und st. Rspr. des RG, vgl. RGZ Bd. 68, S. 322 und Bd. 122, S. 14o.

3) Vgl. u.a. Erman-Westermann, aaO, zu § 139, Anm. 6.

Abmachungen allein keinen rechtlichen Bestand haben können. Dann ergibt sich die Nichtigkeit jedoch nicht aus der Auslegungsregel des § 139 BGB, sondern liegt in der Natur des Rechtsgeschäfts. Ein solcher Fall wird aber bei vertikalen Preisbindungen, die in der Regel durch deutlich vom Grundvertrag abgehobene Reverse oder allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden, wohl kaum gegeben sein.

Selbst wenn man die Begründung als massgebenden gesetzgeberischen Willen zugrundelegt [1] und damit die Anwendbarkeit des § 139 BGB befürwortet, kann man die Auslegungsregel des § 139 BGB aus dem erkennbaren, oben erläuterten Gesetzeszweck nur in der Umkehrung anwenden [2] [3]. Es besteht grundsätzlich eine Vermutung dafür, dass das Rechtsgeschäft ohne den nichtigen Teil fortbestehen soll, es sei denn, die Parteien hätten das Rechtsgeschäft ohne den nichtigen Teil nicht vorgenommen. Diese Vermutungsumkehr widerspricht weder dem objektiven Sinn und Zweck der Preisbindungsverträge noch der Verwirklichung des Parteiwillens der Vertragsbeteiligten. Auch die Preisbindungsverträge dienen als Individualaustauschverträge dem Umsatz von Gütern und Leistungen. Die Preisbindungsklausel bedeutet nur eine zusätzliche, über den Vertragszweck hinausgehende Vertragsbestimmung, die kein wesentlicher Bestandteil der übrigen Vertragsbestimmungen über den Güteraustausch ist und deren Nichtigkeit deshalb auch nicht geeignet ist, den Vertragserfolg in Wegfall zu bringen.

Auch der Parteiwille der Vertragsbeteiligten - der meist mangels ausdrücklicher Äusserung als mutmasslicher Wille erforscht werden muss - geht in der Re-

---

1) Aus der sonstigen Entstehungsgeschichte des GWB ergibt sich hierfür nichts.

2) Vgl. RGZ Bd. 146, S. 118.

3) Die Grundvoraussetzungen der Anwendung des § 139 BGB, nämlich die Teilbarkeit rechtlich oder wirtschaftlich einheitlicher Rechtsgeschäfte sind bei Preisbindungsverträgen wohl immer gegeben.

gel dahin, den Bestand der oft wirtschaftlich bedeutenden Rechtsgeschäfte nicht von der Gültigkeit der Preisbindungsklausel abhängig machen zu wollen [1]. Ein solcher Parteiwille trifft insbesondere immer zu, wenn die Vertragsbeteiligten die Nichtigkeit der Preisbindungsklausel kannten [2] oder diese in Wirklichkeit nicht wollten [3].

Schliesslich gebietet ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Förderung des Wettbewerbs und der Aufrechterhaltung der Verträge, den Bestand privatrechtlicher Verträge unberührt zu lassen. Es würde dem Schutzzweck des GWB und dem Grundsatz der Privatautonomie des Schuldrechts widersprechen, wollte man den Eingriff des Gesetzgebers in die privatrechtlichen Verträge über den Gesetzeszweck hinaus ausdehnen und damit den Güter- und Leistungsaustausch auf Grund der geschlossenen Verträge, der gerade gesetzlich garantiert werden soll, hindern.

Auch ein dahingehender Parteiwille, dass ein Rechtsgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit der Preisbindungsklausel nicht vorgenommen worden wäre, wird deshalb regelmässig hinter dem Schutzzweck des § 15 GWB zurücktreten müssen [4]. Nur in Ausnahmefällen kann sich die Gesamtnichtigkeit eines Vertrages ergeben, wenn nämlich - wie oben bereits erwähnt - die übrigen vertraglichen Abmachungen ohne die Preisbindungsklausel keinen selbständigen Bestand haben können oder die weitere Bindung an den Gesamtvertrag für die Vertrags-

---

1) Vgl. hierzu die Erwägungen des OLG Stuttgart in Betriebsberater 1956, S. 189 ff., für das Dekartellierungsrecht.

2) Das wird bei den meisten Rechtsgeschäften der Fall sein, die nach Inkrafttreten des GWB abgeschlossen worden sind.

3) Es liegt dann ein Scheingeschäft vor.

4) Vgl. hierzu grundsätzlich Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 202; S. 871 und BGHZ in NJW 1955, S. 1923; weiter für die Verbote im Dekartellierungsrecht OLG Stuttgart in Betriebsberater 1956, S. 189.

beteiligten im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Treu und Glaubens gem. § 242 BGB eine unzumutbare Härte bedeuten bzw. dem Schutzzweck des GWB zuwiderlaufen würde.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass aus dem Gesichtspunkt des § 139 BGB die Teilnichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Erfüllungsgeschäfte haben kann. Es findet ein Erwerb der Güter und Leistungen vom Berechtigten gem. § 929 BGB statt. Auch der Rechtsgrund des Erwerbes, nämlich das jeweilige gültig gebliebene Verpflichtungsgeschäft ohne die nichtige Preisbindungsklausel, bleibt bestehen.

Einer nach § 15 GWB nichtigen Preisbindungsklausel kann auch nicht im Wege der Umdeutung nach § 14o BGB zur Wirksamkeit verholfen werden, weil sie - wenn man von der Ausnahmebstimmung des § 16 GWB absieht - auch in keinem anderen Rechtsgeschäft gleich welcher Art zulässig vereinbart werden kann.

Da die Nichtigkeitsfolge des § 15 GWB regelmässig nur die Preisbindungsklausel betrifft, bleibt der Gesamtvertrag weiterhin gültig und bedarf nicht gem. § 141 BGB einer erneuten Vornahme, etwa einer Bestätigung. Die Preisbindungsklausel selbst kann jedoch auch nicht im Wege einer Bestätigung mit der Wirkung des § 141 Abs. 2 BGB für die Parteien wieder rechtlich relevant werden, da auch eine solche unter das Verbot des § 15 GWB fällt. Bringt hingegen nur ein Vertragsbeteiligter einseitig seinen Bestätigungswillen zum Ausdruck, so ist hierin kein Vertrag im Sinne des § 15 GWB mehr zu erblicken; es kann hierin nur eine ausservertragliche Preisbindung kraft tatsächlicher Massnahme gesehen werden [1].

---

1) Vgl. S.87 ff.

III. Von grundsätzlicher und weittragender Bedeutung ist die Frage der privatrechtlichen Wirkung der verbotenen Preisbindungsverträge auf Drittverträge, d.h. Verträge, die ein Vertragsbeteiligter mit unbeteiligten Dritten abschliesst [1].

Die vertikalen Preisbindungsverträge unterliegen der Nichtigkeit, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Preisgestaltungsfreiheit bei solchen Drittverträgen beschränken. Nach dem Wortlaut des § 15 GWB wird dadurch zunächst nur die Nichtigkeitsfolge für den die Preisbindungsklausel enthaltenden Vertrag ausgesprochen, nicht jedoch der Drittvertrag berührt. Dem Drittvertrag kann jedoch wieder die Nichtigkeit gem. § 15 anhaften, wenn er selbst mit einer Preisbindungsklausel versehen ist. Soweit die vertikalen Preisbindungen bis zum Endverbraucher festgelegt werden, wie dies meist der Fall ist, sind die Verträge vom preisbindenden Unternehmen bis zum Einzelhandel mit Preisbindungsklauseln versehen und damit gem. § 15 nichtig, so dass die Frage der besonderen zivilrechtlichen Wirkung auf Drittverträge weniger von Bedeutung ist. Drittverträge ohne Preisbindungsklausel sind in diesem Falle nur die Verträge zwischen Einzelhandel und Verbraucher.

Erfolgt die vertikale Preisbindung vom preisbindenden Unternehmen nur bis zu einer zwischengelagerten Wirtschaftsstufe, etwa dem Grosshandel [2], so sind die nachfolgenden Verträge, die der letzte preisgebundene Vertragsbeteiligte mit Dritten ohne Preisbindungsklausel schliesst, Drittverträge.

In der Literatur und Rechtsprechung [3] herrscht Streit

---

1) Dies gilt insbesondere für Kartellverträge.

2) was selten der Fall sein wird.

3) jedoch bisher nur für die teilweise andersartige Problematik der Kartellverträge abgehandelt.

darüber, inwieweit die Nichtigkeit eines verbotenen Preisbindungsvertrages die Gültigkeit der Drittverträge berührt und eine Schutzwirkung des Dritten konstituiert wird. Für die vertikalen Preisbindungen bestimmt § 15 dem Wortlaut nach nur solche Verträge als nichtig, die eine Preisbindungsklausel für Drittverträge aufweisen; Drittverträge selbst fallen nicht ausdrücklich unter das Verbot.

Der BGH [1] hat zur Zeit des Dekartellierungsrechts den Standpunkt vertreten, dass das Verbot von Preisabsprachen [2] auf die Verträge einwirke, welche an der Preisabsprache Beteiligte zu den verbotswidrig abgesprochenen Preisen mit Dritten abschliessen. Diese Verträge sollen zwar nicht nichtig, aber nur zu den Preisen gültig sein, die vom Standpunkt einer kartellfreien Wirtschaft ohne Preisabsprache angemessen waren. Diese Ansicht des BGH begegnet weitgehenden allgemeinen, aber insbesondere auch besonderen Bedenken hinsichtlich der vertikalen Preisbindungen. Der BGH geht von der grundsätzlichen Aufnahme der verbotswidrigen Preisbindungsabrede in die Drittverträge aus. Diese Annahme kann jedoch nicht geteilt werden. Wesentliches Merkmal der Drittverträge ist gerade, dass eine rechtliche Aufnahme der Abreden nicht stattfindet. Würde in den Drittverträgen eine rechtliche oder wirtschaftliche Preisbindung auftauchen [3], so wäre ohne weiteres die Nichtigkeit gem. § 15 GWB gegeben. Vielmehr verhält sich der an den Preisbindungsverträgen Beteiligte bei Abschluss und Durchführung der Drittverträge nur entsprechend der vertikalen Preisbindungsabrede [4], indem er etwa

---

1) in Strafsachen: BGHSt in WuW 56, S. 63 ff.

2) Für Kartelle.

3) sei es durch Reverse oder allgemeine Geschäftsbedingungen, vgl. Ballerstedt, Kurt: Kartellverbot und Einzelvertrag, in JZ 1956, S. 267 ff., 269.

4) Vgl. BGH in LM, Nachschlagewerk des BGH, Bd. 1, München und Berlin, zu § 134 BGB, Nr. 8.

den Wiederverkaufspreis einhält.

Der Korrektur der Preise in den Drittverträgen, die der BGH gem. §§ 134, 139 BGB vornimmt, liegt die Rechtsprechung zum Preisrecht [1] zu Grunde. Eine solche Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze zum Preisrecht auf das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen erscheint aber infolge der Verschiedenartigkeit beider Rechtsgebiete nicht möglich. Während durch das Preisrecht in den Preisautomatismus eingegriffen und ein bestimmter öffentlich-rechtlicher Preis geboten wird, soll durch die Nichtigkeitsbestimmungen des GWB, so insbesondere auch durch § 15, die Voraussetzung und Sicherung der freien Wettbewerbspreisbildung geschaffen werden. Aufgabe des Verbots des § 15 kann es nicht sein, diese Preisbildung im freien Wettbewerb, falls sie durch Wettbewerbsbeschränkungen nicht ordnungsgemäss funktioniert, durch staatliche Preisbildung zu ersetzen.

Die vom Standpunkt einer kartellfreien Wirtschaft ökonomisch richtige Marktpreisbildung kann durch gesetzliche oder gerichtliche angemessene Preisfestsetzungen auch nicht erreicht werden. Es ist weder möglich, einen fiktiven Marktpreis zu bilden noch aus entsprechenden anderen Marktgebieten mit freiem Wettbewerb oder aus der Preisentwicklung der Vergangenheit tatsächliche Preise anzunehmen, da sich die konkreten Marktverhältnisse und Voraussetzungen einer ökonomisch richtigen Preisbildung stetig wandeln können.

Dem Sinn und Zweck nach beschränkt sich das GWB darauf, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, indem es Rechtsgeschäften die zivilrechtliche Wirkung versagt bzw. rein tatsächliche Massnahmen ver-

---

1) Vgl. auch Flume, Werner: Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, in WuW 1956, S. 457 ff.

bietet [1]. Es kann jedoch nicht die wirtschaftlichen Auswirkungen im Einzelfall rückgängig machen.

Aus diesen Gründen sind die vertikalen Preisbindungen nachfolgenden Drittverträge in vollem Umfange als gültig anzusehen, auch wenn darin die im vorangehenden Preisbindungsvertrag festgesetzten Preise übernommen werden [2] [3].

Dieses Ergebnis mag zwar zunächst unbillig erscheinen, weil der unmittelbar preisgebundene Vertragsbeteiligte einen grösseren Schutz als der unbeteiligte Dritte geniesst. Diese Erwägung muss aber gegenüber den öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs und des ungehinderten Güterverkehrs zurückstehen. Ein Eingriff in die Drittverträge würde zu unübersehbaren Folgen und Störungen des Wirtschaftsablaufs führen und den Zweck des GWB ins Gegenteil verkehren.

Eine Anfechtbarkeit solcher vertikaler Drittverträge gem. §§ 123, 119 BGB allein aus dem Grunde, weil ihnen wirtschaftlich ein vertikal gebundener Preis

---

1) Vgl. Begründung, aaO, S. 24. Ob ein Rechtsgeschäft oder eine tatsächliche Massnahme eine Wettbewerbsbeschränkung enthält, ist aus dem Einzelfall zu entnehmen.

2) Vgl. hierzu vom Standpunkt der Kartellvereinbarung: Strickrodt, Georg: Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, in WuW 1957, S. 75 ff.; Schwenk, Edmund: Wechselwirkung von Kartellverbot und Einzelvertrag, in WuW 1958, S. 326 ff.; Fikentscher, Wolfgang: Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, in Betriebsberater 1956, S. 794; Ballerstedt, aaO, S. 269, Flume, aaO, S. 457 ff.; die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist eine andere Frage, die noch zu erörtern sein wird, vgl. S. 156 ff.

3) Dessenungeachtet können diese Verträge aus anderen Rechtsgründen nichtig oder anfechtbar sein, wenn etwa die Voraussetzungen des § 138 BGB vorliegen oder andere Vorschriften des GWB mit Nichtigkeitsfolge eingreifen.

zugrundeliegt, kommt aus den gleichen Gründen ebenfalls nicht in Betracht.

Eine Anfechtung wegen Irrtums [1] gem. § 119, der nur nach § 119 Abs. 1 den Erklärungsinhalt und nach § 119 Abs. 2 wesentliche Eigenschaften der Sache betreffen könnte, scheidet aus, weil ein solcher Irrtum unbeachtlich sein würde. Ein Irrtum darüber, ob der Anschaffungspreis des Veräusserers ein Wettbewerbspreis ist oder einer Preisbindung entspringt, stellt im wirtschaftlichen Ergebnis einen Irrtum über die Angemessenheit des Preises [2] für den Austauschgegenstand dar und ist somit ein unerheblicher Motivirrtum, der eine Anfechtung nicht rechtfertigt.

Um eine Anfechtung gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung zu begründen, ist noch das Hinzukommen besonderer Umstände erforderlich. Keinesfalls kann das Verschweigen [3] einer vertikalen Preisbindung durch den Vertragspartner als genügend angesehen werden, um eine arglistige Täuschung anzunehmen. Eine Aufklärungspflicht des preisgebundenen Vertragsbeteiligten darüber, dass sein Preisangebot und der vertraglich zustandegekommene Preis auf einer vertikalen Preisbindung beruhen, kann nach der allgemeinen Verkehrssitte nicht gefordert werden, weil sie weder den Vertragsgegenstand berührt noch in das Bestehen des Vertrages eingreift. Das Vorliegen einer - nichtigen - Preisbindung in der vorgelagerten Wirtschaftsstufe stellt im regelmässigen Geschäftsverkehr keinen solchen besonderen Umstand dar, auf den der Ver-

---

1) Selbst wenn die übrigen allgemeinen Voraussetzungen vorliegen mögen.

2) Dies ist die übereinstimmende Meinung in Literatur und Rechtsprechung: Vgl. RGZ, Bd. 111, S. 26o und BGH in Lindenmaier-Möhring, aaO, § 779, Nr. 2.

3) Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, aaO, S. 795.

tragspartner regelmässig und offensichtlich besonderen Wert legt [1] und deshalb Aufklärung erfordert.

Nur in Ausnahmefällen wird es das Empfinden der billig und gerecht Denkenden im Wirtschaftsverkehr [2] erfordern, im Verschweigen der vertikalen Preisbindung eine Verletzung der Offenbarungspflicht und damit eine arglistige Täuschung zu erblicken. Dies gilt insbesondere, wenn der Vertragspartner erkenntlich darauf vertraut, und besonderen Wert darauf legt, dass es sich um keinen vertikal gebundenen Preis handelt und bei Kenntnis der wahren Sachlage zweifellos den Vertrag nicht geschlossen hätte. Verschweigt dann der vertikal gebundene Vertragsbeteiligte in Kenntnis dieser Umstände bewusst die Preisbindung oder spiegelt er gar deren Nichtvorliegen vor, so ist der Vertrag nach § 123 BGB anfechtbar. Diese Ausnahmefälle, die eine Anfechtungsmöglichkeit ergeben, sind nur bei Verträgen grösseren sachlichen Umfanges und zeitlichen Ausmasses zwischen Unternehmen denkbar. Bei Verträgen zwischen Einzelhandel und Verbraucher [3] ist nach der allgemeinen Verkehrssitte nicht von den obengenannten Anfechtungsvoraussetzungen auszugehen; insbesondere ist ein gesteigertes Vertrauen und eine Wertschätzung des Verbrauchers an dem Wettbewerbspreis in den vorgelagerten Wirtschaftsstufen, ohne dessen Vorliegen die Verträge nicht abgeschlossen worden wären, nicht vorhanden.

Die Rechts- und Verkehrssicherheit [4] sowie der Sinn

---

1) Insbesondere nicht die Geschäfte des täglichen Verkehrs und Massenbedarfs, die der Einzelhandel mit den Verbrauchern abschliesst.

2) Unter Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben.

3) Vgl. Anm. 1.

4) In Anbetracht der Vielzahl dieser Verträge.

und Zweck des GWB gebietet im übrigen, die Anfechtung der Verträge mit den Verbrauchern nicht zuzulassen und für die übrigen Verträge weitgehendst bis auf die genannten Ausnahmefälle einzuschränken. Anfechtungen von Drittverträgen führen nach § 142 BGB die Nichtigkeit des gesamten angefochtenen Rechtsgeschäftes herbei und sind in ihrer Wirkung damit weitergehend als die nach § 15 GWB vorgeschriebene Verbotsfolge für Preisbindungsverträge. Dies entspricht aber nicht den im Sinn und Zweck des GWB dokumentierten öffentlichen Interessen.

4. Kapitel: Einzelprobleme der Verbotsregelung

§ 11 : Die Umgehungshandlungen des Verbotes nach § 15 GWB

Im Anschluss an die Verbotsregelung vertraglicher vertikaler Preisbindungen gem. § 15 in Verbindung mit § 134 BGB stellt sich die weitere Frage nach der rechtlichen Beurteilung der Umgehungshandlungen dieses Verbotsgesetzes.

I. Im Gegensatz zu früheren Regelungen [1] sind im GWB Gesetzesumgehungen ausdrücklich nicht erwähnt [2]. Trotzdem ist ihre rechtliche Behandlung wie im allgemeinen bei Verbotsvorschriften so insbesondere im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen von grosser Bedeutung [3]. Die Klärung der Frage, was im Sinne

---

1) Vgl. § 4 der Markenwarenverordnung vom 16.1.1931 und auch § 1 Abs. 1 und 3 der Kartellnotverordnung vom 26.7.1930, vgl. S. 32 ff.

2) Wenn man von den im nächsten Paragraphen zu behandelnden §§ 38 Abs. 2 und 25 GWB einmal absieht.

3) Vgl. Begründung, aaO, S. 24 ff.

des GWB und insbesondere der vertikalen Preisbindung unter Gesetzesumgehung verstanden werden soll, ist bislang in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht hinreichend behandelt worden [1].

Umgehungshandlungen einer Verbotsvorschrift des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen können nicht grundlegend anders als bei den übrigen gesetzlichen Verboten bestimmt werden. Sie liegen immer dann vor, wenn zwar nicht gegen den Wortlaut des Verbotes unmittelbar verstossen wird, aber der nach dem Zweck des Verbotsgesetzes unzulässige Erfolg durch andere Massnahmen erreicht wird oder zumindest erreicht werden soll [2], die eine Umgehung darstellen.

Solche Umgehungshandlungen können rechtsgeschäftlicher Natur sein, wenn die Parteien kraft ihrer rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit eine verbotene durch eine formaljuristisch zulässige Gestaltungsform ersetzen [3], sie können aber auch durch tatsächliche Massnahmen verwirklicht werden [4], so dass die zivilrechtlichen Rechtsfolgen - etwa Nichtigkeit - allein zu ihrer Bekämpfung nicht ausreichen [5].

Ausser der Umgehungshandlung als solcher wird ein zusätzlicher Rechtsmissbrauch nicht vorausgesetzt;

---

1) Vgl. Benkendorff, Gerhard: Die Umgehung der Kartellvorschriften, in WuW 1954, S. 147 ff.

2) Vgl. Denecke, in RGR-Komm. z. BGB, aaO, zu § 134, Anm. 1 und Wacke, Gerhard: Vom Kampf gegen die Gesetzesumgehung, in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, Berlin, 3. Jahrg. 1936, S. 11o ff., der durchaus mit Recht vom rechtsgeschäftlichen Schleichweg als Teil des allg. Rechtsmissbrauchs spricht.

3) Dies sind die Gesetzesumgehungen im eigentlichen Sinne, etwa Verträge zwischen selbständigen Unternehmen nach § 15 GWB durch Agenturverträge.

4) Gesetzesumgehungen im weiteren Sinne: Etwa Preisempfehlungen und ausservertragliche Preisbindungen kraft tatsächlicher Massnahmen, vgl. den folg. Paragraphen.

5) Vgl. § 38 GWB, hier sind Verbote mit strafrechtlichen Sanktionen erforderlich.

ebenso gehört nicht zum Wesen der Umgehungshandlung, dass die Umgehung und Verletzung des Gesetzes unmittelbar bezweckt wird. Es genügt, wenn die Tatsachen - etwa wettbewerbsbeschränkende Massnahmen - gewollt werden, die zu der Umgehung des Gesetzes führen.

Die Umgehung ist jedoch streng vom Scheingeschäft gem. § 117 BGB zu unterscheiden. Während beim Scheingeschäft die Beteiligten das Erklärte in Wirklichkeit nicht wollen, liegt beim Umgehungsgeschäft der ernstliche Geschäftswille der Beteiligten vor, das Erklärte als rechtsgültig zu verwirklichen, wobei in dem Erklärten entweder bereits die Umgehungshandlung liegen kann [1] oder zum Erklärten noch hinzukommt. Scheingeschäfte werden ihrem Wesen nach im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen weniger vorkommen, wenn sie auch nicht ausgeschlossen werden können. Die Parteien werden aber die Verbotsvorschriften, etwa in Gestalt der Preisbindungsklausel, durch Umgehungshandlungen zu vermeiden suchen und damit die zur Umgehung geeigneten Tatbestände - rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Art - wirklich wollen. Der zugrundeliegende Austauschvertrag über Waren oder gewerbliche Leistungen soll regelmässig bestehen bleiben; selbst dann, wenn z.B. Wirtschaftssubjekte vertraglich vereinbaren, in der Preisfestsetzung frei zu sein [2], während sie in Wirklichkeit die Preisbindung wollen bzw. tatsächlich durchführen, so kann, entgegen der Ansicht von Benkendorff [2], hierin dem Wesen und den rechtlichen Wirkungen nach kein Scheingeschäft erblickt werden, auf das § 117 BGB anwendbar wäre. Vielmehr ist in diesem Falle die gewollte oder durchgeführte Preisbindung als Umgehungshandlung zu betrachten, während

---

1) Darin kann sich der Wille der Beteiligten bereits erschöpfen; entgegen der Ansicht von Benkendorff, aaO, der noch verlangt, dass die Beteiligten über das Erklärte hinaus noch etwas anderes wollen.

2) Beispiel bei Benkendorff, aaO, S. 147 ff.

der Individualvertrag, der freie Preisbildung der Vertragspartner vorsieht, bestehen bleibt. Ebenso liegt es, wenn Vertragsbeteiligte einen Agenturvertrag mit einer Preisbindungsklausel vereinbaren, der nicht unter § 15 fällt. Eine klare Grenzziehung zwischen Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft [1] ist gerade im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich, nicht zuletzt wegen der unterschiedlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen.

II. Ob die Umgehungshandlungen einer Verbotsvorschrift nichtig bzw. verboten oder erlaubt sind, richtet sich nach allgemeiner Meinung danach, ob das betreffende Gesetz nach dem durch Auslegung festzustellenden Willen des Gesetzgebers und nach dem Zweck des Gesetzes die Verwirklichung des rechtsgeschäftlichen Erfolges verhindern wollte. Sollte nicht der rechtliche oder wirtschaftliche Erfolg, sondern nur die Vornahme eines Geschäfts in bestimmter Art verhütet werden, so ergeben sich für die Rechtsgültigkeit keine grundsätzlichen Bedenken.

Aus dem in der Amtlichen Begründung [2] hervortretenden Willen des Gesetzgebers ergibt sich eindeutig, dass das vertikale Preisbindungsverbot den rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg von Preisbindungen verhüten will. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man bei einer Würdigung des bereits ausführlich dargelegten [3] Sinn und Zweckes des Gesetzes. Daraus muss gefolgert werden, dass Umgehungshandlungen des Preisbindungsverbotes durchweg vom Gesetz nicht erlaubt sind. Das Umgehungsverbot muss deshalb ebenso wie auf

---

1) Vgl. v. Staudinger-Coing, Komm. z. BGB, 11. neub. Aufl., Berlin 1954, 1. Band, Allg. Teil zu § 117 Anm. 21.

2) AaO zu § 1o.

3) Vgl. S. 57 ff.

anderen Rechtsgebieten als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im Recht gegen vertikale Preisbindungen gem. §§ 15 ff. GWB gelten, auch wenn eine Generalklausel für Umgehungshandlungen im GWB nicht vorhanden ist.

Die Umgehungshandlungen des Preisbindungsverbotes lassen sich nach ihrem rechtlichen Charakter in rechtsgeschäftliche und solche kraft tatsächlicher Massnahmen [1] unterteilen.

1) Umgehungsrechtsgeschäfte versuchen das Preisbindungsverbot dadurch zu vermeiden, dass sie die Preisbindung in andere rechtsgeschäftliche Gestaltungsformen kleiden [2], die zwar mit dem Wortlaut des Gesetzes, aber nicht mit seinem Sinne und Zweck übereinstimmen. Sie trifft die Nichtigkeitsfolge des § 15 GWB in Verbindung mit § 134 BGB im gleichen Umfange wie die wirklichen Preisbindungsverträge.

2) Demgegenüber vermeiden die tatsächlichen Umgehungshandlungen die rechtsgeschäftliche Festlegung der Preisbindung mit der Rechtsfolge des § 15 GWB, indem sie den gleichen Erfolg durch rein tatsächliche Massnahmen herbeizuführen suchen. Die wichtigsten Erscheinungsformen dieser Umgehungshandlungen hat der Gesetzgeber in §§ 25, 38 Abs. 2 GWB erfasst und mit strafrechtlichen Verboten belegt.

III. Der problematische Tatbestand der rechtsgeschäftlichen Umgehungshandlung bedarf insbesondere im Hinblick auf die wichtigen Agentur- und Kommissionsverträge [3] noch näherer Bestimmung.

---

1) Entsprechend den Preisbindungen selbst, vgl. S.

2) Unter Beibehaltung der rechtsverpflichtenden oder tatsächlichen Preisbindung im Rechtsgeschäft.

3) Diese fallen grundsätzlich nicht unter § 15 GWB.

Den Wirtschaftssubjekten muss es auf Grund ihrer Vertragsfreiheit freistehen, nach den Vorschriften über die vertikalen Preisbindungen zulässige Vereinbarungen zu treffen. So können Ausnahmebestimmungen vom Preisbindungsverbot, etwa durch die Einführung der Markenwareneigenschaft gem. § 16 GWB, erfüllt werden oder einzelne Tatbestandsmerkmale des § 15 GWB, so das Merkmal des selbständigen Unternehmens, vermieden werden, wenn zwischen den Vertragsbeteiligten ein abhängiges Arbeits- bzw. Dienstverhältnis oder ein Agenturvertrag besteht. Ein solches " Ausweichen " vor dem Preisbindungsverbot stellt für sich allein noch keine Umgehungshandlung dar, weil ein Verstoss gegen den Sinn und Zweck sowie Erfolg des Gesetzes hierin noch nicht erblickt werden kann. Durch wirtschaftspolitisch bewusst ins Gesetz aufgenommene Ausnahmebestimmungen sowie tatbestandsmässige Beschränkungen soll gerade eine sinnvolle Begrenzung des Preisbindungsverbots herbeigeführt werden. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass die Wirtschaftssubjekte, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen wirklich erfüllen, von diesen Möglichkeiten ihrer Vertragsfreiheit gemäss Gebrauch machen können. Solange die gesetzlichen Voraussetzungen, die vom Preisbindungsverbot befreien, tatsächlich und nicht nur zum Schein gewahrt sind, und keine noch zu erörternden besonderen Umstände hinzutreten, kann deshalb rechtlich nichts dagegen eingewendet werden [1], wenn Wirtschaftssubjekte unter Ausweichen von den Verbotsvorschriften bisherige Eigenhändlerverträge auf Agenturbasis umwandeln oder anonyme Waren über die Einführung einer Marke im Sinne des § 16 Abs. 2 zu Markenwaren erklären [2]. Etwaige wirtschaftspolitische Bedenken, die

---

1) Mag dies auch wirtschaftspolitisch unerwünscht sein; es ist Sache des Gesetzgebers, den Geltungsbereich des Preisbindungsverbots zu erweitern.

2) Auf die Gefahr der Umgehung des Preisbindungsverbots durch Agenturverträge weist insbesondere Lehnich, aaO, S. 53o, hin.

z.B. in einer Aushöhlung der Verbotsvorschriften [1] - etwa durch Massenflucht der Hersteller einer Branche in die Markenwaren - bestehen können, reichen nicht aus, um in solchen Handlungen allein schon einen nichtigen Umgehungstatbestand zu erblicken [2]. Die Ausdehnung des Preisbindungsverbots durch Erweiterung des Verbotstatbestandes oder Beseitigung der Ausnahmebestimmungen ist Aufgabe des Gesetzgebers.

Eine solche Handhabung der Verbotsnorm des § 15, der vorwiegende wirtschaftspolitische Motive zugrundeliegen würden, findet im Wortlaut und Zweck der geltenden Preisbindungsvorschriften der §§ 15 ff. keine Stütze und würde damit die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit in unzulässiger Weise beeinträchtigen. Es können im Einzelfall durchaus beachtliche rechtliche und wirtschaftliche Gründe vorliegen, welche die Wahl bestimmter, vom Preisbindungsverbot nicht berührter Gestaltungsformen rechtfertigen. Eine im Interesse der Rechtssicherheit gebotene klare Abgrenzung der nichtigen rechtsgeschäftlichen Umgehungstatbestände lässt sich ebenfalls nicht finden, wenn man hierbei vornehmlich auf eine Wahrung eines - etwa zahlenmässigen - Verhältnisses zwischen Regel und Ausnahme [3] bedacht ist, die auf wirtschaftspolitischen Erfordernissen beruht. Umgehungstatbestände verlangen eine restriktive Anwendung, da sie nur eine Lücke des Gesetzes ausfüllen sollen.

Ein Umgehungsrechtsgeschäft, das zur Nichtigkeit entsprechend § 15 GWB führt, liegt deshalb nur bei missbräuchlicher Benutzung bestimmter Gestaltungsformen vor, die zum Zwecke der Umgehung des vertika-

---

1) Hierbei bleibt die bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 16 zu erörternde Frage, ob es sich um wirkliche oder nur um Pseudomarkenwaren handelt, die nicht von § 16 erfasst werden.

2) Entgegen der Ansicht von Benkendorff, aaO, S. 147 ff.

3) Vgl. Benkendorff, aaO, S. 147 ff.

len Preisbindungsverbotes geschieht. Solche missbräuchliche Benutzung ist immer dann schlüssig gegeben, wenn die vereinbarte Gestaltungsform dem Inhalt und Charakter des Rechtsgeschäfts wesensfremd ist oder offensichtlich zur Erreichung des Umgehungszweckes eine ungewöhnliche Gestaltungsform [1] gewählt worden ist, die dem allgemeinen Handelsverkehr und den Handelsgebräuchen entsprechend offensichtlich unangemessen ist und deshalb bei Fehlen des Preisbindungsverbotes auch nicht gewählt worden wäre.

Ist eine vereinbarte Gestaltungsform nicht handels- oder brancheüblich, werden etwa bestimmte Austauschvorgänge, die sich regelmässig auf der Grundlage von Kaufverträgen zwischen selbständigen Unternehmen vollziehen, in die Form von Agenturverhältnissen gekleidet [2], so wird dadurch zwar allein noch keine missbräuchliche Benutzung begründet, weil das Abweichen vom Brancheüblichen [3] durchaus auf beachtlichen Gründen beruhen kann, welche die Wahl bestimmter Gestaltungsformen als angemessene Massnahme erscheinen lassen, die auch bei Fehlen des Preisbindungsverbots durchgeführt worden wäre. Trotzdem kann im offensichtlichen Abweichen vom Brancheüblichen eine, allerdings widerlegbare, tatsächliche Vermutung für das Vorlie-

---

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO, § 19o III, S. 1161; Vetsch: Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917; Pfaff, Ivo, Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere, Wien 1892; Benkendorff, aaO, in WuW 1954, S. 147 ff.; Wacke, aaO, S. 1oo ff. Vgl. auch RGSt Bd. 77, S. 39o, die Ausführungen beziehen sich zwar auf die Umgehung im Steuerrecht; obwohl die steuerrechtlichen Maßstäbe für die zivilrechtliche Gültigkeit von Umgehungsrechtsgeschäften grundsätzlich nicht herangezogen werden können, vgl. Staudinger-Coing, aaO, zu § 117, Anm. 22, sind sie jedoch von allgemeinem Interesse.

2) Vgl. Langen, Komm., zu § 15, Anm. II, 3.

3) Der Begriff des Brancheüblichen ist schwierig zu fassen, vgl. Benkendorff, aaO; es bestehen aber keine Bedenken, den im Wettbewerbsrecht vorherrschenden Begriff zu verwenden; vgl. Baumbach-Hefermehl, aaO, zu § 1 ZugabeVO, Anm. 6o.

gen eines Umgehungsgeschäftes erblickt werden. Es ist dann Sache des preisbindenden Unternehmens, beachtliche Gründe zur Entkräftung dieser Vermutung anzuführen. Allgemein wird man sagen müssen, dass eine missbräuchliche Benutzung einer zur Umgehung geeigneten Gestaltungsform dann ausgeschlossen wird, wenn im Hinblick auf das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen beachtliche rechtliche oder wirtschaftliche Gründe dies rechtfertigen.

Wendet man die allgemeinen Ausführungen auf die mannigfaltigen Formen des Wirtschaftslebens an, so ergibt sich beispielsweise auf dem Automobil- und Treibstoffsektor folgendes: Soweit Automobilfabriken etwa bezüglich Zubehör und Ersatzteilen [1] Preisbindungen mit ihren Einzelhändlern statt auf Eigenhändlerbasis auf Agenturbasis als Verkaufsvertretungen abwickeln, ist diese Massnahme nicht als wesensfremd oder als ungewöhnlicher und offensichtlich unangemessener Weg zu betrachten; sie kann jedoch als brancheunübliche Massnahme bezeichnet werden, wenn nach anhaltender Übung in der Branche der Verkauf der Zubehör- und Ersatzteile immer auf Eigenhändlerbasis erfolgt ist. Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Rechtsbeziehungen zwischen den Treibstoffirmen und den Tankstellen, den sogen. Tankstellenverträgen. Während der Verkauf von Treibstoffen in der Regel immer auf Agenturbasis erfolgt, werden Autoöl, Schmierstoffe und ähnliche Produkte im Wege des Eigengeschäftsvertrieben. Beziehen die Treibstoffirmen auch diesen Vertrieb in das Agenturverhältnis ein, so liegt darin zwar noch nicht ohne weiteres ein Umgehungsgeschäft, kann aber als nicht brancheübliche Massnahme eine Vermutung dafür begründen, die nur durch beachtliche Gründe entkräftet werden kann.

---

1) Als Nichtmarkenwaren.

§ 12 : Die Behandlung vertikaler tatsächlicher Preisbindungen und Preisempfehlungen

Den eben erörterten Umgehungsrechtsgeschäften stehen die tatsächlichen Umgehungshandlungen des Preisbindungsverbotes an Bedeutung nicht nach. Sie erzielen den wirtschaftlichen Erfolg der Preisbindung durch tatsächliche Massnahmen, während der den Güter- und Leistungsaustausch regelnde rechtsgeschäftliche Grundtatbestand unberührt gelassen wird. Es ist durchaus möglich, dass sie zusätzlich zur rechtsgeschäftlichen Umgehung in ein und demselben Fall zur Anwendung kommen.

Die tatsächlichen Umgehungstatbestände sind ihrem Inhalt und Umfang nach nur dadurch rechtswirksam zu verhindern, dass sie der Gesetzgeber ausdrücklichen Verboten mit Strafandrohung unterwirft. Das hat aber zur Folge, dass die vom Gesetzgeber angeführten tatsächlichen Umgehungstatbestände als ausschliesslich und enumerativ erfasst und zu betrachten sind. Der allgemeine Rechtsgrundsatz, der für rechtsgeschäftliche Umgehungshandlungen gilt, kann hier infolge des andersartigen Verbotscharakters nicht gelten [1)]

Ihrem Wesen nach unterscheiden sich die tatsächlichen Umgehungshandlungen in zwei grundverschiedene gesetzlich erfasste Ausführungstatbestände, nämlich in Preisbindungen kraft tatsächlicher Massnahmen [2)] gem. § 25 GWB und in Preisempfehlungen gem. § 38 Abs. 2 GWB.

I. Das grundsätzliche Verbot rein tatsächlicher vertikaler Preisbindungen ergibt sich aus der Vorschrift des § 25 Abs. 1. Danach dürfen Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen

---

1) Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn die Nichtigkeit gem. § 138 BGB oder Anfechtbarkeit gem. § 123 BGB des zugrundeliegenden Austauschgeschäftes gegeben ist.

2) Über diese Begriffe vgl. S. 23 ff.

und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist, Umgehungen des rechtsgeschäftlichen Preisbindungsverbots durch solche tatsächliche Massnahmen zu verhüten [1], die, ohne dass es zu einer nichtigen vertraglichen Bindung kommt, eine gleichartige tatsächliche Bindung an bestimmte Wiederverkaufspreise hervorrufen. Hierunter fallen eindeutig auch vertikale Preisbindungen, denn die Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise durch die nachfolgende Wirtschaftsstufe ist ein Verhalten, das nicht zum Gegenstand vertraglicher Bindungen gemacht werden darf. Sieht man diese Vorschrift als notwendige Ergänzung zur Behandlung möglicher Umgehungshandlungen, so verliert sie die " Unübersehbarkeit der Auswirkungen " [2]. Der Sinn und Zweck des Gesetzes muss insbesondere für die Auslegung dieser wichtigen Vorschrift massgebend sein, zumal die Gesetzesmaterialien darüber kaum Auskunft geben [3].

1) Das Verbot des § 25 Abs. 1 gilt auch hinsichtlich vertikaler tatsächlicher Preisbindungen nur soweit als die bereits erörterten Voraussetzungen des § 15 GWB bei einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung gegeben sein würden [4]. Das ergibt sich eindeutig aus der

---

1) Vgl. Änderungsvorschläge des Bundesrats, aaO, S. 666, Schriftl. Bericht, aaO, zu §§ 22 a - 26 f und Rasch, Komm., aaO, zu § 25.

2) Vgl. Langen, Komm., aaO, zu § 25, Anm. IV.

3) Vgl. Fussn. 1.

4) Über die wichtige Frage der Behandlung tatsächlicher Preisbindungen und Preisempfehlungen für Markenwaren vgl. S. 189 ff.. Bevor die formellen Erfordernisse des § 16 aber nicht erfüllt sind, fallen auch anmeldungsfähige vertikale Preisbindungen unter § 25. Anderer Ansicht: Mayer-Wegelin, Heinz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Komm., Frankfurt 1958, zu §§ 25, 26, Anm. 5.

Formulierung " nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf ". Arbeits- und Dienstleistungsverträge sowie zulässige Agenturverträge fallen nicht unter § 25, weil sie auch auf § 15 nicht zutreffen würden [1].

Zweifelhaft kann sein, welche Auslegung den Worten " Nachteile androhen oder zufügen " sowie " Vorteile versprechen oder gewähren " zukommt. Wenn man § 25 Abs. 1 als dem Zwecke nach generelle Verbotsnorm zur Verhinderung rein tatsächlicher Preisbindungen ansieht, so kommt ihr die Bedeutung zu, durch wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Druck zustandekommende Bindungswirkungen zu verhüten. Die einander entsprechenden Begriffe des Vor- und Nachteils können hierbei nur in Anwendung einer objektiven Betrachtungsweise im Interesse der Rechtssicherheit die erforderlich klare Abgrenzung erfahren. Sie umfassen die Verbesserung bzw. Schlechterstellung eines Unternehmens hinsichtlich der äusseren, sei es wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Lage [2] oder sonstiger materieller Interessen im Vergleich zum früheren preisbindungsfreien Zustand. Auch nur mittelbare Nutzen oder Schäden fallen hierunter, wenn sie sich z.B. nicht auf das Unternehmen, sondern den Unternehmer beziehen. Auf die möglicherweise abweichende subjektive Einstellung der Wirtschaftsbeteiligten kann es nicht ankommen, da hierdurch eine gerechte und billige Anwendung des § 25 gefährdet wäre.

Die Handlung gem. § 25 Abs. 1 kann einmal in einem Zufügen von Nachteilen bzw. Gewähren von Vorteilen bestehen: insoweit wird bereits eine vollendete Veränderung der materiellen Lage bzw. der Interessen vorausgesetzt. Aber auch durch blosses Androhen von Nachteilen und Versprechen von Vorteilen kann bereits

---

1) Unberührt bleibt die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB, insbesondere §§ 138, 123.

2) Hierzu gehören auch z.B. Rabattdifferenzierungen und Liefersperren im Sinne von § 26 Abs. 1 GWB.

im Sinne des § 25 Abs. 1 gehandelt werden. Damit wollte der Gesetzgeber auch diejenigen in der Wirtschaftswirklichkeit vorkommenden Fälle tatsächlicher Preisbindungen erfassen, die bereits unter dem Druck des Inaussichtstellens von Nach- oder Vorteilen zustandegekommen sind, ohne dass es deren Vollzugs bedurft hätte.

Die Frage der sinnvollen Abgrenzung der Begriffe Androhen und Versprechen ist bislang in der Literatur noch nicht näher behandelt worden. Unter Androhen [1] wird man aber jedes Inaussichtstellen der Zufügung eines Nachteils für den Fall, dass der Abnehmer die Wiederverkaufspreise nicht befolgt, verstehen müssen. Das Inaussichtstellen muss ernsthaft und geeignet sein, einen wesentlichen Druck auf die Preisgestaltungsfreiheit des Abnehmers auszuüben. Es muss den Abnehmer vor die Wahl stellen, sich entweder der zu vollziehenden Preisbindung zu unterwerfen oder den angedrohten Nachteil in Kauf zu nehmen. Entsprechend liegt das Versprechen eines Vorteils immer dann vor, wenn eine zukünftige Leistung für den Fall der Einhaltung bestimmter Preise gewährt werden soll. Auch hier muss die Ernsthaftigkeit und Geeignetheit des Versprechens, auf die Preisgestaltungsfreiheit der Abnehmer einzuwirken, vorliegen und der Abnehmer vor die Wahl gestellt werden, die Wiederverkaufspreise zu befolgen oder der Vorteile verlustig zu gehen.

Als subjektives Regulativ erfordert § 25 Abs. 1 vom preisbindenden Unternehmen, dass die Androhung oder Zufügung von Nachteilen bzw. das Versprechen oder das Gewähren von Vorteilen in der Absicht geschehen ist, die Abnehmer zu einem Verhalten zu veranlassen, das nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gem. § 15 gemacht werden darf. Das Erfordernis dieser Absicht - die nicht Alleinabsicht zu sein braucht - er-

---

1) Vgl. auch die ähnlichen Definitionen zu §§ 52, 24o StGB und hierzu: Schönke, Adolf - Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Komm., 7. neub. Aufl., München und Berlin 1954, zu § 52, Anm. III, 1.

gibt sich wortgemäss aus dem " um zu " - Satz.

Sie entspricht auch einer sinngemässen Auslegung des § 25, weil es dem Gesetzgeber ersichtlich nicht auf die Verhinderung bestimmter Arten von Druckmitteln ankommt, sondern auf den durch die Druckmittel zu erreichenden Zweck und wirtschaftlichen Erfolg: nämlich die Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit auf dem Wege der Umgehung eines gesetzlichen Verbotes. Deshalb braucht aber die Absicht des preisbindenden Unternehmens hier ebensowenig wie bei den rechtsgeschäftlichen Umgehungshandlungen sich auf die Umgehung des § 15 als solche zu erstrecken. Vielmehr genügt die Absicht der tatsächlichen Beeinträchtigung der Preisgestaltungsfreiheit im Sinne § 15 durch Festlegung von Wiederverkaufspreisen.

2) Fraglich könnte sein, ob auch die Vorschrift des § 25 Abs. 2 Nr. 3 auf vertikale Preisbindungen Anwendung finden kann. Nach dieser Vorschrift dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen andere Unternehmen nicht zwingen, in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, sich im Markt gleichförmig zu verhalten. Während § 25 Abs. 1 den Generaltatbestand für tatsächliche Umgehungen von unwirksamen bzw. nichtigen vertraglichen Bindungen enthält, dient § 25 Abs. 2 ersichtlich anderen Zwecken; er bezieht sich auf bestimmte Zusammenschlüsse, nämlich den Beitritt zu Kartellvereinbarungen (§ 25 Abs. 2 Nr. 1), marktbeherrschenden Zusammenschlüssen (§ 25 Abs. 2 Nr. 2) und gleichförmigen Verhaltensweisen von Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe mit der Absicht der Wettbewerbsbeschränkung, die an sich sämtlich erlaubt sind, jedoch immer dann, wenn sie von aussenstehenden Unternehmen durch Zwang herbeigeführt werden, vom Gesetz verboten werden.

Schon die wörtliche Fassung, die gemeinsame Zwecksetzung und die Zusammenordnung dieser drei Spezialtatbestände in einen gesonderten Absatz, legt nahe,

dass § 25 Abs. 2 Nr. 3 nach dem Willen des Gesetzgebers nicht tatsächliche Preisbindungen in vertikaler Richtung erfasst. Der in § 25 Abs. 2 Nr. 3 genannte Zwang [1] zum gleichförmigen Verhalten kann zwar auch von einem Unternehmen der übergeordneten Wirtschaftsstufe in vertikaler Richtung erfolgen. Der Zwang im Sinne dieser Vorschrift muss aber zur Folge haben, dass die Abnehmer sich, in der Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, im Markt gleichförmig verhalten. Aus dieser Formulierung kann gefolgert werden, dass sich der Zwang nicht in Individualmassnahmen gegenüber jedem einzelnen Abnehmer erschöpft mit der Wirkung, allein durch diese inhaltlich übereinstimmenden Zwangsmassnahmen ein inhaltlich gleiches individuelles Verhalten der Unternehmen zu erzielen. Der Begriff des gleichförmigen Verhaltens schliesst immer ein, dass der Zwang an einen grösseren Personenkreis gerichtet sein muss. Gleichförmiges Verhalten bedeutet identische Gestaltung der Markt- und Wettbewerbsbedingungen, die auch in der Einheitlichkeit und Parallelität der Preise oder sonstigen Geschäftsbedingungen dieses Personenkreises zum Ausdruck kommen kann und auf die Dauer gerichtet sein muss. Etwa zufällig zeitlich fluktuierende Übereinstimmung der Preise genügt nicht, um das Merkmal des gleichförmigen Verhaltens auszufüllen.

Nicht jedes begrifflich gleichförmige Verhalten erfüllt aber den Tatbestand des § 25 Abs. 2 S. 3. Die gesetzliche Fassung " sich gleichförmig verhalten " ist nicht gleichbedeutend mit einem gleichgerichteten Verhalten eines grösseren Personenkreises. Eine sich am Wortsinn orientierende Auslegung ergibt, dass bei der gesetzlichen Fassung ein paralleles Nebeneinander

---

1) Er ist nicht mit dem Androhen und Zufügen von Nachteilen im Sinne von § 25 Abs. 1 identisch, weil er einesteils jede Art von Druckmittel erfasst, zum anderen auf einen völligen Ausschluss der geschäftlichen Willensentschliessung und Betätigung hinausläuft.

individueller Zwangsmassnahmen gegenüber jedem einzelnen Unternehmen zu einem " sich gleichförmig verhalten " nicht ausreichen kann. Der Zwang soll vielmehr darauf abzielen, dass sich die Unternehmen selbst " untereinander " gleichförmig verhalten. Das erfordert mit anderen Worten eine unverbindliche Abstimmung oder zumindest Kenntnis und Billigung des gleichförmigen Verhaltens untereinander [1], als ob eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit gemeinsamer Zwecksetzung bestünde. Das Gesetz fordert weiter die " Absicht der Wettbewerbsbeschränkung " der gleichförmig handelnden Unternehmen. Diese Absicht bezieht sich schon auf Grund des gesetzlichen Wortlautes nicht auf den Zwangsausübenden [2], sondern auf die gleichförmig handelnden Unternehmen. Auf Seiten des Zwingenden beinhaltet die Zwangsausübung bereits die Absicht, eine Gleichförmigkeit im Verhalten der Gezwungenen zu erzielen. Die vom Gesetzgeber geforderte Absicht der Wettbewerbsbeschränkung hat deshalb ersichtlich den Zweck, das Erfordernis eines bewussten Zusammenwirkens der gleichförmig Handelnden zur Minderung bzw.Ausschaltung des Wettbewerbs zu verlangen.

Betrachtet man den Zweck der Tatbestände des § 25 Abs. 2 gegenüber dem Umgehungstatbestand des § 25 Abs. 1, so findet die obige wörtliche Auslegung ihre Bestätigung. Untereinander abgestimmtes gleichförmiges Verhalten, Kenntnis und stillschweigende Billigung solchen Verhaltens, ist noch keine stillschweigende Vereinbarung, auch noch keine wirtschaftlich bindende Vereinbarung im Sinne des § 1, so dass es ebenso wie der Beitritt zu Kartellen nach §§ 2 ff. und Unternehmenszusammenschlüssen nach § 23 als erlaubt gelten muss. Gerade diese erlaubten Fälle, die, obwohl sie aus wirtschafts-

---

1) ohne dass es zu einer Vereinbarung nach §§ 1 ff. käme. Im Ergebnis wohl auch Langen, Komm., aaO, zu § 25, Anm. V, 3.

2) Anderer Ansicht Benisch, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 25, Anm. 11.

politischen Gründen vom Gesetzgeber zugelassen sind, trotzdem Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, sollen nur auf freiwilliger Basis, nicht im Zwangswege, geduldet werden. Umgehungen der Verbotstatbestände der §§ 1 und 15 durch tatsächliche Bindungen sind bereits durch § 25 Abs. 1 erfasst [1], ohne dass der Einfügung des Abs. 2 es bedurft hätte. Unter § 25 Abs. 1 fällt auch gleichförmiges Verhalten, wenn es nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung nach §§ 1, 15 gemacht werden darf, so dass tatsächlich preisbindende Individualmassnahmen gegenüber einer Vielzahl von Abnehmern bereits im Sinne von § 25 Abs. 1 als Umgehung zu werten sind. § 25 Abs. 2 Nr. 3 erlangt als Ergänzungsvorschrift deshalb insbesondere in solchen Fällen eigenständige Bedeutung, in denen durch untereinander bewusst gleichförmiges Verhalten keine verbotene vertragliche Bindung umgangen wird, sondern dieses Verhalten anstelle erlaubter Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts tritt, z.B. anstelle eines Beitritts zu einem erlaubten Kartell oder Zusammenschluss im Sinne von § 23 [2]. Das Verbot kommt aber erst dann zum Zuge, wenn das gleichförmige Verhalten in der Absicht geschieht, den Wettbewerb zu beschränken, also nicht allein aus anderen wirtschaftlichen Zwecken.

Hieraus folgt, dass der Zwang im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 3, auch wenn er in vertikale Richtung geht, keine Umgehung des § 15 darstellt, weil mit ihm keine individuellen vertikalen Bindungen der Wiederverkaufspreise zwischen zwingenden, d.h. bindenden Unternehmen und den einzelnen Abnehmern hergestellt werden. Ein solches bewusst übereinstimmendes Verhalten zwischen mehreren Unternehmen wird durch den Sinn und Zweck des § 15 nicht gedeckt.

---

1) Der Zwang ist, wenn man vom körperlichen Zwang absieht, der weiter keine Rolle spielen dürfte, in dem Androhen und Zufügen von Nachteilen enthalten.

2) Auch §§ 18 ff. GWB dürften darunter fallen. Vgl. auch Koenigs, Folkmar: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Der Betrieb 1957, S. 766.

3) Die tatsächlichen vertikalen Preisbindungen haben in § 25 ihre massgebende Regelung gefunden [1]. Der nachfolgende § 26 - obwohl im selben Abschnitt über wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten aufgeführt - betrifft ein Boykott- und Diskriminierungsverbot, er findet auf Massnahmen zur Durchsetzung vertikaler Preisbindungen keine Anwendung [2].

Der § 26 Abs. 1 verbietet Unternehmen, andere Unternehmen zu Liefer- oder Bezugssperren zu veranlassen, in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen [3]. Die Boykottvorschrift des § 26 Abs.1 will ausschliesslich die Beeinträchtigung von Mitbewerbern des zur Boykotthandlung veranlassenden Unternehmens auf derselben Wirtschaftsstufe [4] verhindern. Das ergibt schon der Wortlaut der Vorschrift, da sich die Absicht des veranlassenden Unternehmens ersichtlich auf seine Mitbewerber richtet, nicht aber auf Unternehmen der nachfolgenden Wirtschaftsstufe. Soweit solche Boykotthandlungen als Mittel zur Durchsetzung tatsächlicher vertikaler Preisbindungen benutzt werden, fallen sie bereits unter § 25 Abs. 1 [5]. Für die Anwendung des § 26 Abs. 1 auf vertikale Preisbindungen ergibt sich demnach auch kein praktisches Bedürfnis.

Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 [6] betrifft

---

1) Es bleibt aber bei Nichtvorliegen des § 25 immer noch zu prüfen, ob der Tatbestand einer Preisempfehlung gem. § 38 Abs. 2 gegeben ist.

2) So auch mit Recht: Der Markenverband, in Vertikale Preisbindungen, aaO, S. 444.

3) Es handelt sich also um keinen unmittelbaren Boykott des veranlassenden Unternehmens, sondern um sog. Sekundär-Boykott. Unmittelbarer Boykott ist nur unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 möglich.

4) Vgl. Langen, Komm., aaO, zu § 26, Anm. III.

5) Z.B. Hersteller veranlasst die Grosshändler zu Liefersperren an Einzelhändler, welche die vorgeschriebenen Preise nicht einhalten.

6) Vgl. hierzu Lutz, Helmut - Steiner, Claus: Umfang der Preisbindung und Diskriminierungsverbot, in Betriebsberater 1958, S. 1154 ff.

vertikale Preisbindungen nur insoweit, als sie gemäss §§ 16, 1oo Abs. 3, 1o3 Abs. 1 Nr. 3 zulässig sind [1]. Es untersagt den rechtswirksam preisbindenden Unternehmen, andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln. Da anderweitige vertikale Preisbindungen im Sinne des § 15 sowie ihre rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Umgehungshandlungen bereits an sich verboten sind, entfiel für den Gesetzgeber die Notwendigkeit, Diskriminierungsmissbräuche in diesen Fällen noch ausdrücklich zu untersagen.

II. Über die Frage, ob vertikale autonome Preisempfehlungen als verbotene tatsächliche Umgehungshandlungen des Preisbindungsverbotes des § 15 [2] unter § 38 Abs. 2 fallen, bestehen in der Literatur divergierende Auffassungen. Auch eine grundlegende Entscheidung des BGH [3] hat die Streitpunkte noch nicht generell zu klären vermocht, zumal diese Entscheidung nur auf einen zugrundeliegenden begrenzten Sachverhalt abstellt.

Das GWB hat sich allein in § 38 Abs. 2 mit den Preisempfehlungen befasst. Die Regelung über Preisempfehlungen steht zwar innerhalb der Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten. Nach § 38 Abs. 1 wird u.a. in Nr. 1 das vorsätzliche Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit

---

1) Über die Anwendbarkeit auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen, vgl. S. 199 ff.

2) Nur insoweit sollen uns hier die Preisempfehlungen interessieren.

3) Vgl. BGH in Der Betrieb 1958, S. 121o ff.

eines Vertrages gem. § 15 [1] und in Nr. 8 das vorsätzliche Zuwiderhandeln gegen die Verbote der §§ 25 und 26 als Ordnungswidrigkeit erklärt. Auch die Preisempfehlungen selbst werden vom Gesetzgeber in § 38 Abs. 2 nur unter dem Gesichtspunkt der Ordnungswidrigkeit behandelt. Trotzdem kann kein Zweifel bestehen, dass § 38 Abs. 2 nicht nur eine Ordnungswidrigkeitsnorm mit strafrechtlichem Charakter ist, sondern als allgemeine materiellrechtliche Verbotsnorm [2], entsprechend den §§ 25 ff., gelten muss. Das ergibt sich einmal aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Noch im Amtlichen Regierungsentwurf [3] wurden Preisempfehlungen unter bestimmten Voraussetzungen in der materiellrechtlichen Vorschrift des § 24 ebenso wie die tatsächlichen Preisbindungen des § 25 einem Verbot unterworfen. Erst in der zweiten Lesung im Plenum des Bundestages am 3.5.1957 [4] wurde statt des § 24 in Verbindung mit § 31 der § 38 Abs. 2 in das GWB eingefügt. Obwohl die Motive für diesen Schritt nicht ohne weiteres erklärlich sind - möglicherweise wollte der Gesetzgeber im Zuge einer Einengung des Verbotstatbestandes der Preisempfehlungen [5] diese nicht unter den Abschnitt des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens bringen - kann daraus nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber wollte mit dieser Handlung dokumentieren, dass Preisempfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 2 materiellrechtlich nicht verboten wären.

Sinn und Zweck der Vorschrift des § 38 Abs. 2 ist vielmehr neben der Bussgeldsanktion die Untersagung bestimm-

---

1) Es wird also im Gegensatz zu § 25 das Bestehen eines - allerdings unwirksamen - Vertrages vorausgesetzt. Das Hinwegsetzen kann auch durch tatsächliche Bindungsmassnahmen geschehen.

2) Vgl. BGH in Der Betrieb 1958, S. 1211; anderer Ansicht anscheinend Langen, Komm., aaO, zu § 38 B VII.

3) Vgl. Begründung, aaO, zu § 24.

4) Vgl. Auszug aus dem Bericht über die 222. Plenarsitzung des 2. Deutschen Bundestages v. 3.7.1957, S. 13155 - 13159, abgedruckt bei: Müller-Henneberg-Schwartz, Komm., aaO, S. 1218 ff.

5) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

ter Preisempfehlungen durch die Rechtsordnung wegen ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

Würde man dem § 38 Abs. 2 keine materiellrechtliche Verbotswirkung beimessen, so würde dies ebenfalls den Grundsätzen der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit widersprechen.

Die Regelung des § 38 Abs. 2 über Preisempfehlungen gliedert sich in zwei ihrem Wesen und Zweck nach verschiedene Vorschriften der Sätze 1 und 2, während Satz 3 bestimmte Preisempfehlungen von der Verbotsregelung ausnimmt. Nach S. 1 begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer vorsätzlich durch Empfehlungen daran mitwirkt, dass die in Abs. 1 genannten Ordnungswidrigkeiten begangen werden. Gem. S. 2 macht sich ebenfalls einer Ordnungswidrigkeit schuldig, wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben.

Die Frage der Abgrenzung dieser beiden Verbotstatbestände voneinander und die Bestimmung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Inhalts wird in Literatur und Rechtsprechung [1] unterschiedlich beantwortet, zumal die Gesetzesmaterialien keine genügende Auskunft darüber geben.

Einheitlich wird in § 38 Abs. 2 das Wort " Empfehlungen " benutzt. Es könnte angezweifelt werden, ob der Begriff der Preisempfehlung in einheitlicher Weise auszulegen ist, wenn man die unterschiedlichen Zwecksetzungen und tatbestandsmässigen Voraussetzungen der Bestimmungen des § 38 Abs. 2 berücksichtigt [2]. Für

---

1) In der Rechtsprechung bisher nur durch ein Urteil des BGH in Der Betrieb 1958, S. 121o ff.

2) Vgl. Paul, Willy: Preisempfehlung und wirtschaftliche Preisbindung, in Der Betrieb 1958, S. 1319.

eine solche unterschiedliche Auslegung bieten sich jedoch keine berechtigten Gründe. Zwar richten sich die Empfehlungen des § 38 Abs. 2 S. 2 auf ein gleichgerichtetes Verhalten anderer Unternehmen, setzen also notwendig eine Mehrheit von Unternehmen voraus, während andererseits die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 1 auf eine Mitwirkung bei der Umgehung einer verbotenen Preisbindung hinzielt, also sich auch nur an ein einzelnes Unternehmen richten kann.

Diese Abweichungen liegen aber einzig in den unterschiedlichen tatbestandsmässigen Voraussetzungen der beiden Vorschriften begründet, die Preisempfehlungen für zulässig oder nicht zulässig erklären. Sie berühren nicht den Begriff der Empfehlung an sich, der in § 38 Abs. 2 mit einer einheitlichen Sinngebung ausgestattet ist und vom Gesetzgeber neben anderen Umgehungshandlungen als zweckvolle Ergänzung den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen gegenübergestellt wird [1]. Der § 38 Abs. 2 behandelt demnach nur verschiedene Ausführungsarten von Empfehlungen.

Ist der Begriff der Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 somit als einheitlich anzusehen, so ergibt sich die umstrittene Frage nach dem Inhalt dieses wirtschaftlich bedeutungsvollen Begriffes [2].

Der BGH hat in seinem bereits genannten Grundsatzurteil auf eine allgemeingültige Definition des Begriffes verzichtet [3], sich bei der Subsumtion des Sach-

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24, der den Begriff der Empfehlung in einheitlichem Sinne gebraucht. Diese Ausführungen sind auch für die Auslegung des § 38 Abs. 2 von Bedeutung.

2) Vgl. hierzu S. 26 ff. und Langen, Komm., aaO, zu § 38, B, V, 1.

3) Er hat insbesondere dahingestellt sein lassen, ob unter § 38 Abs. 2 nur vertikale Preisempfehlungen mit tatsächlicher Bindungswirkung oder auch solche ohne Bindungswirkung fallen: vgl. BGH in WuW 1958, S. 791.

verhaltens unter § 38 Abs. 2 vielmehr begnügt, unter Hinweis auf den Begriff Hubers [1] Empfehlungen aber immer dann als unter § 38 Abs. 2 fallend zu bezeichnen, wenn " eine von einem Einzelunternehmen, einem Kartell- oder Unternehmensverband ausgehende, an ein oder mehrere Unternehmen gerichtete, einseitige rechtlich unverbindliche Erklärung " vorliegt, " durch die der Empfehlende das wirtschaftliche Verhalten der Empfehlungsempfänger im Wettbewerb in einer faktisch bindenden Weise bestimmt " [2].

Diese Begriffsbestimmung kann jedoch nicht als im Sinne des § 38 Abs. 2 allgemeingültig angesehen werden. Sie begegnet sowohl in sprachlicher und rechtsdogmatischer Hinsicht als auch in Anbetracht des Gesetzeszweckes Bedenken.

Der Wortsinn der Empfehlung beinhaltet zwar eine Einflussnahme auf die Willensbildung und Entschliessungsfreiheit des Adressaten, er hat jedoch nicht zur Voraussetzung, dass dessen Preisentschliessung vom Empfehlenden unter Anwendung von unmittelbaren Druckmitteln bestimmt wird. Sinn der Empfehlung ist es gerade, einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg nicht im Wege des unmittelbaren Zwanges und Druckes, sondern im Wege eines bestimmten Rates, Wunsches oder einer Aufforderung zu erreichen in der Erwartung, der Adressat werde die Empfehlung befolgen [3]. Diesem Sinne der Empfehlung steht nicht entgegen, dass die Adressaten auch bei einer Empfehlung aus verschiedenen - wirtschaftlichen oder sozialen - Gründen, denen sie mehr oder weniger stark ausgesetzt sind, zu einer Befolgung der Empfehlung veranlasst werden können. Auch in den vom BGH [4] erwähnten Fällen, wenn Händler als Empfehlungsadressaten befürchten müssen, dass sie

---

1) Vgl. Huber, Ernst Rudolf: Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959.

2) ähnlich auch Lieberknecht, aaO, MA 1958, S. 232 ff.

3) Vgl. S. 26 ff. und neuerdings auch BGH in Der Betrieb 1960, S. 280, sowie OLG Hamburg in WuW 1960, S. 64.

4) in Der Betrieb 1958, S. 1212.

bei einer Abweichung von dem auch den Verbrauchern bekanntgegebenen Preisen beim Publikum und den Mitbewerbern Misstrauen gegen die Preisgestaltung erwekken könnten, liegt es entsprechend. Diese Fälle sind aber nur mögliche, in ihrer Beeinflussung der Entschliessungsfreiheit schwer abwägbare Folgen jeder Preisempfehlung [1], sie stellen allein noch keine objektiven, vom preisbindenden Unternehmen ausgehenden Massnahmen dar, durch die eine den rechtlichen Preisbindungen gleichzusetzende tatsächliche Bindung erzielt wird.

Eine klare Abgrenzung des Begriffes der Preisempfehlung des § 38 Abs. 2 von den tatsächlichen Preisbindungen im GWB ist auch in rechtsdogmatischer Hinsicht erforderlich. Wollte man als Preisempfehlungen nur rechtlich unverbindliche Erklärungen ansehen, durch die das wirtschaftliche Verhalten der Empfehlungsadressaten in faktisch bindender Weise bestimmt wird, so würde jeder Unterschied zwischen tatsächlicher Preisbindung und Preisempfehlung verwischt [2]. Der Begriff der Preisempfehlung wäre dann mit dem Begriff der tatsächlichen Preisbindung weitgehend identisch. Das hätte zur Folge, dass das Merkmal der " faktisch bindenden Weise " in extensiver Auslegung auf einen bestimmten Kreis von Preisempfehlungen Anwendung findet, der sich aus dem Gesamtbereich der Preisempfehlungen nicht in rechtsdogmatisch

---

1) die wohl jeder nach aussen bekanntgegebenen Preisempfehlung, selbst wenn sie als unverbindlich bezeichnet wird, anhaftet; so können insbesondere die vom BGH genannten Unbequemlichkeiten noch nicht als geeignete Mittel betrachtet werden, eine Preisbindung herbeizuführen.

2) Vgl. Paul, aaO, S. 132o.

überzeugender Weise herauslösen lässt [1]. Der BGH [2] stellt bei der abschliessenden Erörterung der Frage, ob auch in der Form unverbindlicher Richtpreise empfohlene Verbraucherpreise zu einer faktischen Bindung führen könnten, ersichtlich auf die Wirkungen solcher Empfehlungen auf das Verhalten der Adressaten im Einzelfall ab. Eine solche Grenzziehung zwischen gebundenen und unverbindlichen Preisen setzt aber voraus, dass eine rechtssichere Trennung zwischen Empfehlungswirkungen, die eine faktische Bindung hervorrufen und solchen, die dies nicht tun, möglich ist. Dies muss angesichts der mannigfaltigen Wirkungen der Empfehlungen bezweifelt werden. Ohne beeinflussende Wirkungen kann keine Empfehlung gedacht werden. Es ist aber durchaus möglich, dass die Befolgung der Empfehlung auf freiem Entschluss beruht. Deshalb reichen die normalen Wirkungen einer Empfehlung, ohne dass das empfehlende Unternehmen objektive materielle Massnahmen zur Durchsetzung seiner angegebenen Wiederverkaufspreise durchführt, allein noch nicht aus, um die effektive Beeinträchtigung der Entschliessungsfreiheit im Sinne einer Bindung anzunehmen.

Die begriffliche Trennung der Preisempfehlung von der tatsächlichen Preisbindung wird im GWB selbst durch die unterschiedlichen Tatbestände der §§ 25 und 38 Abs. 2 vorgenommen. Eine getrennte Erfassung der beiden verschiedenen Tatbestände wäre überflüssig gewesen, wenn der Gesetzgeber unter Preisempfehlungen

---

1) Der BGH, aaO, sieht in der Bekanntgabe der Verbraucherpreise an die Verbraucher eine faktische Bindung. Er lässt aber offen, ob die Rechtslage grundsätzlich anders zu beurteilen wäre, wenn die Hersteller die Preise nur den Händlern bekanntgegeben und diese als " unverbindliche Richtpreise " bezeichnet hätten. Betrachtet man aber entgegen unserer Ansicht Beeinflussungsfolgen überhaupt als preisbindende Massnahmen, so müsste auch diese letztere Massnahme schon als faktisch bindend betrachtet werden, weil sie den Mitbewerbern einheitliche Richtpreise an die Hand gibt, durch deren Abweichen für die einzelnen Mitbewerber Nachteile entstehen können.

2) AaO, S. 1214.

nur Erklärungen verstanden hätte, die den Adressaten unter Ausnutzung von bestimmten Umständen faktisch binden. Auch der Wortlaut des § 38 Abs. 2 und die Entstehungsgeschichte dieses Verbotstatbestandes lassen die eigenständige Bedeutung der Preisempfehlungen gegenüber den tatsächlichen Preisbindungen erkennen. § 38 Abs. 2 S. 3 erklärt Empfehlungen von Unternehmensvereinigungen ausnahmsweise für zulässig, wenn sie u.a. ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird. Daraus ergibt sich, dass im Begriff der Preisempfehlung eine Bindung nicht vorausgesetzt wird, da in diesem Falle eine Ausnahme für bestimmte bindungsfreie Preisempfehlungen nicht notwendig gewesen wäre. Vielmehr sollen bestimmte Preisempfehlungen vom Verbot ausgenommen werden, wenn sie u.a. eine deklaratorische Unverbindlichkeitserklärung enthalten und auf irgendwelche Druckausübung verzichtet wird. Da jedes denkbare Druckmittel gemeint ist, auch Ausnutzen oder Erzeugen von Furcht, braucht eine Identität mit tatsächlichen Preisbindungen gem. § 25 GWB nicht vorzuliegen. Der ausdrückliche Verzicht auf Druckmittel hat deshalb seinen eigenständigen Sinn im Rahmen des § 38 Abs. 2. Er ist nicht als überflüssig zu betrachten.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 38 Abs. 2 lässt sich ebenfalls entnehmen, dass der Gesetzgeber den Preisempfehlungen eine eigenständige Bedeutung beigemessen hat. Zwar ist die Amtliche Begründung [1] dem Wortlaut nach durch die spätere endgültige Gesetzesfassung überholt, ebenso sind die Erwägungen des Schriftlichen Ausschusses nur noch zum Teil beachtlich [2]. Aus den grundsätzlichen Ausführungen zu

---

1) AaO, zu § 24.

2) Es wurde von der Fassung des Schriftlichen Berichtes nur der § 38 Abs. 2 S. 3 in die endgültige Gesetzesfassung übernommen.

diesen Gesetzesentwürfen ergibt sich aber eindeutig eine Abgrenzung der Empfehlungen von den Wettbewerbsbeschränkungen, zu denen auch die Preisbindungen gehören. Der Schriftliche Bericht [1] bezeichnet die Empfehlungen als eine Form der Umgehungshandlungen und grenzt sie ausdrücklich gegen die blosse Information, z.B. die Bekanntgabe der Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung [2], ab. Damit wird klargestellt, dass die Preisempfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 keine faktische Bindung voraussetzt, sondern gerade das Gebiet zwischen tatsächlicher Preisbindung und Information [3] erfassen will.

Die entscheidende Frage, die allerdings in den einzelnen Entwurfsstadien [4] eine unterschiedliche Beantwortung erfahren hat, war und ist nur die Abgrenzung der nach dem Gesetz zulässigen und unzulässigen Preisempfehlungen [5]. Dies ist aber keine Frage nach dem Begriff der Empfehlung, sondern nach dem Inhalt und Umfang des Empfehlungsverbotes [6].

Ein anderes Ergebnis hinsichtlich der Begriffsbildung der Preisempfehlung entsteht auch nicht, wenn man den Sinn und Zweck des Gesetzes zu Rate zieht. Das Empfehlungsverbot hat ersichtlich den Zweck, Empfehlungen

---

1) AaO, zu § 24.

2) Vgl. S. 28.

3) Über die Abgrenzung der Begriffe vgl. S. 26 ff.

4) Vgl. Begründung, aaO, zu § 24 und Schriftlichen Bericht, aaO, zu § 24.

5) Vgl. Begründung, aaO, zu § 24.

6) Demgegenüber war im Dekartellierungsrecht die Fragestellung eine andere; sie ging dahin, ob Preisempfehlungen mangels ausdrücklicher Regelung überhaupt unter das Preisfestsetzungsverbot fielen und damit unzulässig waren. Bei der begrifflichen Bestimmung der den vertraglichen Preisfestsetzungen gleichzusetzenden Preisempfehlungen wurde damals überwiegend darauf abgestellt, ob die Adressaten in ihrer Willensbestimmung de facto frei oder gebunden waren. Die tatsächliche Preisbindung, die in § 25 GWB zum Ausdruck kommt, fand bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Preisfestsetzungsverbotes auf Preisempfehlungen noch keine Berücksichtigung.

wegen ihrer tatsächlichen, wettbewerbsbeschränkenden, den Preisbindungen vergleichbaren Auswirkungen zu verbieten. Diese Auswirkungen bestehen in der Beeinflussung der Willensbildung hinsichtlich der Preisgestaltung und der dadurch verursachten Befolgung der Empfehlung, die zu einem den Preisbindungen gleichartigen wirtschaftlichen Erfolg führt. Damit wird zwar noch nicht notwendig die Preisentschliessungsfreiheit, aber die Preisbildung im freien Wettbewerb beeinträchtigt [1].

Im Ergebnis stellt daher die Preisempfehlung gem. § 38 Abs. 2 neben der Preisbindung eine selbständige tatsächliche Umgehungshandlung des rechtsgeschäftlichen Preisbindungsverbotes dar.

Die Zulässigkeit von Preisempfehlungen regelt § 38 Abs.2 in den beiden verschiedenen Tatbeständen des Satz 1 und 2. Für beide Verbotstatbestände gilt jedoch vorweggenommen die generelle Ausnahme des Satz 3, die Preisempfehlungen von Unternehmensvereinigungen [2] als zulässig ansieht, wenn sie nur innerhalb des Kreises der Beteiligten ausgesprochen werden und noch folgende Voraussetzungen erfüllen:

1) dadurch wettbewerbsfördernde Bedingungen gegenüber Grossbetrieben oder grossbetrieblichen Unternehmungsformen geschaffen werden sollen und

2) die Empfehlungen ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird.

Dies ist eine eng begrenzte Ausnahmebestimmung zu-

---

1) Dass durch die Empfehlung und mittelbare wirtschaftliche oder gesellschaftliche Erwägungen eine gewisse Beeinflussungswirkung und Belastung der Entscheidungsfreiheit stattfinden kann, ist offensichtlich; dies kann jedoch an dem grundsätzlichen Unterschied von Empfehlung und Bindung nichts ändern.

2) Etwa die gewerblichen Organisationsformen der Wirtschaft.

gunsten mittelständischer Betriebe. Sie setzt einmal voraus, dass Wettbewerb mit grossbetrieblichen Unternehmensformen herrscht [1] und die Preisempfehlungen der Förderung des Leistungswettbewerbs [2] mit diesen grossbetrieblichen Unternehmensformen dienen; zum anderen wird verlangt, dass jedweder Druck seitens des Empfehlenden unterbleibt.

§ 38 Abs. 2 findet auch keine Anwendung auf Empfehlungen gegenüber Letztverbrauchern und Nichtunternehmen [3].

Aus der Ausnahmebestimmung des § 38 Abs. 2 S. 3 ergibt sich noch nicht die Beantwortung der Frage, ob vertikale autonome Preisempfehlungen nach § 38 Abs. 2 zulässig sind. Es bedarf deshalb nachfolgender Untersuchung der beiden Verbotstatbestände des § 38 Abs. 2, S. 1 und 2.

Aus der Entstehungsgeschichte des GWB lässt sich eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers nicht herleiten. Während die Begründung in § 24 des Entwurfes [4] ursprünglich ein Empfehlungsverbot nur für gesetzliche Vertreter, Geschäftsführer und Beauftragte eines Kartells aussprach [5], brachte die Fassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestags [6] eine Änderung des § 24 Abs. 1 dahingehend: Empfehlungen zu einem Verhalten, das nach dem GWB oder nach einer auf Grund des GWB ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, dürfen nicht öffentlich gegenüber einem

---

1) Der Begriff des Grossbetriebes ist nicht wettbewerbs-, sondern gewerbepolitisch zu bestimmen. Er hat auch nichts mit den marktbeherrschenden Unternehmen gemein.

2) Über diesen wichtigen Begriff vgl. S.7 ff.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

4) Begründung, aaO, zu § 24.

5) Darunter fielen auch die Individualempfehlungen an Kartellmitglieder.

6) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

grösseren Personenkreis oder marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des § 17 Abs. 2 des Entwurfes ausgesprochen werden. Damit wurden die unzulässigen Empfehlungen nach der Amtlichen Begründung einesteils über die Kartellempfehlungen hinaus ausgeweitet, zum anderen Individualempfehlungen zwischen Einzelunternehmen allgemein nicht mehr vom Verbot erfasst [1]. Obwohl der Bundestag in der Absicht, die Verbotsfassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses einzuschränken, den § 24 Abs. 1 des Entwurfes durch § 38 Abs. 2 ersetzt hat [2], können die Ausführungen des Wirtschaftspolitischen Ausschusses wichtige klärende Anhaltspunkte für eine sinnvolle Auslegung und tatbestandsmässige Begrenzung des § 38 Abs. 2, S. 1 und 2 [3] ergeben, wie im folgenden zu zeigen sein wird.

§ 38 Abs. 2 S. 1 will die Mitwirkung an den im § 38 Abs. 1 genannten Ordnungswidrigkeiten auf dem Empfehlungswege verhindern. Zu diesen Ordnungswidrigkeiten zählen gem. § 38 Abs. 1 Nr. 1 und 8 auch das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines vertikalen Preisbindungsvertrages nach § 15 sowie das Zuwiderhandeln gegen das tatsächliche Preisbindungsverbot nach § 25 GWB. Entgegen der ursprünglichen Fassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses bildet dieses Empfehlungsverbot keinen selbständigen Veranlassungstatbestand für die Umgehung von Verbotsnormen, wie dies etwa bei § 25 für tatsächliche Preisbindungen der Fall ist. Nach dem Wortlaut des § 38 Abs. 2 S. 1 werden nur solche Empfehlungen verboten, die zu einer vollendeten Verwirklichung von Ordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 geführt haben. Sinn und Zweck

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

2) Vgl. Auszug aus dem Bericht über die 222. Plenarsitzung des 2. Deutschen Bundestags vom 3.7.1957, bei Müller-Henneberg - Schwartz, aaO, S. 1218 ff.

3) Es kann deshalb nicht in allgemeiner Form gesagt werden, die Erwägungen des Wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 24 des Entwurfes seien nicht mehr für § 38 beachtlich, so Langen, Komm., aaO, zu § 38, Anm. B, III.

dieser Bestimmung ist damit nicht die Verhütung der Umgehung des Preisbindungsverbotes durch selbständige Preisempfehlungen, die anstelle der Preisbindungen treten, sondern die Untersagung von Empfehlungen, die zur Verwirklichung verbotener Preisbindungen Dritter mitwirken. Diese rechtsverpflichtenden oder tatsächlichen vertikalen Preisbindungen gehen also nicht vom Empfehlenden aus, sondern vom bindenden und gebundenen Unternehmen. Daraus folgt, dass das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 1 im strafrechtlichen Sinne streng akzessorisch im Rahmen des § 5o StGB verstanden werden muss und eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 als Haupttat voraussetzt [1]. Trotzdem ist in dieser Verbotsbestimmung kein reiner Anstiftungstatbestand [2] im Sinne des § 48 StGB zu erblicken, sondern ein Empfehlungstatbestand mit eigenständiger Bedeutung. Unter die Bestimmung fällt nur die Mitwirkung an Ordnungswidrigkeiten mittels Empfehlung,[3] nicht durch andere Arten der Beeinflussung. Massnahmen und Druckmittel im Sinne von § 25 GWB führen zu tatsächlichen Preisbindungen und fallen bereits unter die Verbotsbestimmung des § 25 GWB, deren Anwendung der subsidiären Bestimmung des § 38 Abs. 2 vorgeht. Nicht jede Empfehlung stellt ferner eine Mitwirkung an der Begehung der Ordnungswidrigkeit dar. Mitwirkung wird allgemein als eine stärkere Form der Beteiligung als die gewöhnliche Anstiftung anzusehen sein. Durch den Gebrauch des Wortes " Mitwirkung " will der Gesetzgeber [4] ersichtlich nur solche Empfehlungen er-

---

1) Diese muss i.S. des § 38 Abs. 1 vollendet sein; der Gesetzgeber will nur einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg untersagen. Ist z.B. eine vertikale Preisbindung nach § 16 zulässig oder liegen die Ausnahmen der §§ 98 ff. vor, so ist keine Ordnungswidrigkeit gegeben.

2) So ersichtlich Dörinkel, Wolfram: Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts auf die wirtschaftliche Praxis, in WuW 1957, S. 6o7 ff.

3) Im Sinne unserer Begriffsbestimmung.

4) Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers sind allerdings nicht vorhanden.

fasst wissen, die eine konkrete vorbereitende, helfende oder ausführende Tätigkeit zum Zweck der Begehung der Ordnungswidrigkeiten beinhalten. Hinsichtlich der subjektiven Seite ist Vorsatz des Empfehlenden für die Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 S. 1 erforderlich. Im Gegensatz zur Fassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses und zur Regelung in § 38 Abs. 2 S. 2 erfasst das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 1 auch Individualempfehlungen zwischen Einzelunternehmen. Im eng begrenzten Rahmen des § 38 Abs. 2 S. 1 erscheint dies auch zweckmässig und erforderlich.

Das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 1 erlangt weniger für vertikale Preisempfehlungen als für Kartellempfehlungen praktische Bedeutung [1]. Fast immer wird das empfehlende Unternehmen nicht als Aussenstehender an Ordnungswidrigkeiten im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 1 und 8, etwa an Verboten von vertikalen Preisbindungen Dritter, mitwirken, sondern seine Empfehlungen selbst anstelle von Bindungen zur Umgehung des Preisbindungsverbots verwenden, in dem es an die Adressaten diese Empfehlungen weiter gibt, deren Befolgen unmittelbar zu einer der Preisbindung gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung führt. [2] § 38 Abs.2 S. 1 ist deshalb - abgesehen von seinem strafrechtlichen Gehalt - in seiner Wirkung auf vertikale Preisempfehlungen im allgemeinen von untergeordneter Bedeutung [3].

---

1) Vgl. auch Lutz: Dürfen Wiederverkaufspreise ..., aaO, S. 128 ff.

2) Auf diesen Fall kann auch § 38 Abs. 1 Nr. 1 keine Anwendung finden, da hier immer ein unwirksamer Vertrag vorausgesetzt wird; es bleibt deshalb nur § 38 Abs. 2, S. 2 zu prüfen. Anderer Ansicht Schwartz, Gustav: Meinungsstreit um die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen, in MA 1958, S. 505 ff.

3) Diese Vorschrift ist, da sie in § 24 der Fassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses nur dem sinngemässen Inhalte, jedoch nicht dem Wortlaut nach, enthalten ist, erst im Plenum des Bundestags entstanden.

Die wesentliche Verbotsbestimmung über die Preisempfehlungen und zugleich die umstrittenste Bestimmung stellt § 38 Abs. 2 S. 2 dar. Diese Bestimmung dient, das geht bereits aus ihrem Wortlaut hervor, der Verhütung von Empfehlungen, die eine Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote [1] durch gleichförmiges Verhalten bewirken. Ebenso wie § 38 Abs. 2 S. 1 ist auch § 38 Abs. 2 S. 2 kein Verleitungstatbestand, der bereits die Empfehlung an sich verbietet [2], wie es bei rechtsverpflichtenden und auch tatsächlichen Preisbindungen nach § 25 der Fall ist.

Das Empfehlungsverbot gem. § 38 Abs. 2 S. 2 wird erst dann rechtswirksam, wenn der Erfolg der Umgehung durch die Empfehlungsadressaten vollendet ist, nämlich das gleichförmige Verhalten der Adressaten eingetreten ist. Damit stellt das Gesetz klar, dass es Empfehlungen nicht allein wegen ihres Einflusses auf die Entschliessungsfreiheit verbietet [3], sondern insbesondere wegen ihrer Folgen, dem gleichförmigen Verhalten, wenn nämlich der einer Wettbewerbsbeschränkung gleichgeartete wirtschaftliche Erfolg eingetreten ist [4]. Empfehlungen sind, wie bereits festgestellt, keine

---

1) und der darauf beruhenden Verfügungen der Kartellbehörde.

2) Anders noch § 24 der Fassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, der Empfehlungen bereits dann verbot, wenn sie zu einer Umgehung von bestimmten Verboten veranlassten. Der Gesetzgeber hat demnach in § 38 ersichtlich auf den Erfolg abgestellt, da andernfalls der Veranlassungstatbestand des früheren § 24 bestehen geblieben wäre.

3) sonst hätte, wie bereits zur Anm. 2 ausgeführt, die ursprüngliche Fassung des § 24 nicht geändert werden brauchen.

4) Vgl. S. 27 ff. Es kann deshalb der verbotene Erfolg der Empfehlungen nur in beiden Gründen zusammen, nämlich der Beeinflussung der Entschliessungsfreiheit und der Gleichförmigkeit des Verhaltens, erblickt werden. Nur einer von beiden Gründen reicht nicht aus, um den Zweck des Empfehlungsverbotes zu charakterisieren.

Wettbewerbsbeschränkungen [1], sondern nur Verhaltensweisen mit wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

Anders als in § 38 Abs. 2 S. 1 verhalten sich die Empfehlungen in § 38 Abs. 2 S. 2 nicht akzessorisch zu einer von den Adressaten als aussenstehenden Dritten begangenen Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 38 Abs. 1 . Der Empfehlende wirkt nicht an einer fremden Ordnungswidrigkeit mit, sondern begeht eine eigene Umgehungshandlung [2]. Er ersetzt den Preisbindungsvertrag durch die Empfehlung und tritt damit an die Stelle des preisbindenden Unternehmens. Damit umgeht er Verbotsvorschriften des GWB [3] und erreicht damit kausal ein der Einhaltung verbotener Bindungen entsprechendes gleichförmiges Verhalten der Adressaten. Hieraus folgt, dass die Umgehung der im Gesetz ausgesprochenen Verbote im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 immer bereits mit der Empfehlung als Umgehungsmassnahme beginnt und in der gleichförmigen Befolgung der Empfehlung - den Umgehungserfolg - durch die Adressaten ihr Ende findet. Die Umgehung kann damit nur von beiden, vom Empfehlenden [4] und der Gesamtheit der gleichförmig handelnden Adressaten, begangen werden [5]. Diese Ansicht entspricht auch am ehesten dem Zweck des § 38 Abs. 2 S. 2. Ebenso wie

---

1) Es ist z.B. durchaus möglich, dass die Befolgung der Empfehlungen aus freiem Entschluss erfolgt, in der Überzeugung, dass die empfohlenen Preise eine bessere Rentabilität und Absatzlage gewährleisten.

2) Wer im einzelnen noch an der Umgehung beteiligt und was Gegenstand der Umgehung ist, hängt vom Inhalt und Zweck der jeweils durch gleichförmiges Verhalten umgangenen Verbote ab.

3) Ob auch vertikale Preisbindungen gem. §§ 15, 25 GWB darunter fallen, ergibt sich aus folgendem.

4) Dieser kann aber allein nur eine Ordnungswidrigkeit begehen.

5) Demgegenüber stehen auf dem Standpunkt, dass nur die Adressaten die Umgehung begehen: Lutz, aaO, S. 128 ff.; Hengstenberg, aaO, S. 439 ff. Die Meinung, dass der Empfehlende allein umgeht, vertreten das LG Köln in Betriebsberater 1958, S. 462 ff. und Lieberknecht, aaO, in MA 1959, S. 235.

bei Bindungen beide Seiten beteiligt sind, das bindende wie das gebundene Unternehmen, kann dies bei Empfehlungen der Umgehungsform, die zusätzlich noch den gleichen Erfolg voraussetzen, nicht anders sein.

Die Begehung einer Ordnungswidrigkeit des § 38 Abs. 1, z.B. das Hinwegsetzen über einen vorhandenen, aber unwirksamen Vertrag gem. § 38 Abs. 1 Nr. 1 oder das Zuwiderhandeln gegen das tatsächliche Bindungsverbot im Sinne der §§ 38 Abs. 1, Nr. 8, 25 ist nicht Voraussetzung des § 38 Abs. 2 S. 2 [1]. § 38 Abs. 2 S. 2 spricht ausdrücklich von " in diesem Gesetz ausgesprochenen Verboten " und hat nicht auf § 38 Abs. 1 Bezug genommen, wie dies in § 38 Abs. 2 S. 1 geschehen ist. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bewusst eine weitere Fassung gewählt hat.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man, wenn man den Sinn und Zweck der Vorschrift des § 38 Abs. 2 S. 2 berücksichtigt. Hiernach soll die Umgehung von Verboten vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen vermieden werden, und zwar insbesondere in den Fällen, wo der Empfehlende von vornherein bewusst auf vertragliche Bindungen verzichtet hat [2]. Gerade diese Fälle lassen sich aber nicht unter die Ordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 subsumieren, weil dort in § 38 Abs. 1 Nr. 1 das Hinwegsetzen über vorhandene vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen vorausgesetzt wird [3].

Der § 38 Abs. 2 S. 2 bildet deshalb eine wichtige Ergänzungsvorschrift zu § 38 Abs. 1 und Abs. 2, S. 1 als Umgehungsverbot für Empfehlungen. Seine Voraus-

---

1) Anderer Ansicht anscheinend Hengstenberg, aaO, S. 439 ff.; vgl. auch Benisch, Zur Rechtslage ..., aaO, S. 5.

2) Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

3) Anderer Meinung Schwartz, aaO, S. 505 ff., der § 38 Abs. 1 Nr. 1 extensiv ausgelegt wissen will und keinen unwirksamen Vertrag voraussetzt.

setzungen müssen bei Empfehlungen immer dann geprüft werden, wenn weder eine unwirksame Vereinbarung und deren Hinwegsetzen [1] nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 noch eine tatsächliche Umgehung nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 vorliegt.

Gegenstand der Umgehung nach § 38 Abs. 2 S. 2 sind demnach gemäss der wörtlichen, auch mit dem Zweck der Vorschrift übereinstimmenden Fassung die " in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen ", falls sie, wie noch zu untersuchen sein wird, durch gleichförmiges Verhalten umgangen werden können.

Sind diese Verbote nicht mit den Ordnungswidrigkeiten im Sinne des § 38 Abs. 1 identisch, so können sie sich andererseits auch nicht nur auf diejenigen Verbote beziehen, die im Gesetz ausdrücklich und wortgetreu als solche bezeichnet werden [2]. Das würde dazu führen, dass diejenigen Vorschriften, die eine zivilrechtliche Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit aussprechen, durchweg nicht unter die Vorschrift des § 38 Abs. 2 S. 2 fielen. Ein solches Ergebnis entspricht weder dem Zweck der Vorschrift noch dem Willen des Gesetzgebers. Es ist letztlich nur eine Frage der Methode gewesen, dass bei rechtsgeschäftlichen Wettbewerbsbeschränkungen die zivilrechtliche Wirksamkeit unterbunden und bei tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich Ge- und Verbote ausgesprochen wurden.

---

1) welches auch in Form von Empfehlungen vor sich gehen kann. Dann liegt, wenn der Empfehlende das bindende Unternehmen ist, § 38 Abs. 1 direkt und wenn der Empfehlende ein Dritter ist, § 38 Abs. 2 S. 1 in Verb. mit § 38 Abs. 1 vor. Der Empfehlende muss sich aber auch in subjektiver Hinsicht über die vorhandene Vereinbarung hinwegsetzen wollen. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, liegt etwa ein neuer Entschluss vor, so kann nur § 38 Abs. 2 S. 2 infrage kommen.

2) In dieser Hinsicht zweifelnd Lieberknecht, aaO, S. 235 ff.

Es sind keine sinnvollen Gründe dafür ersichtlich, bei der Anwendung des § 38 Abs. 2 S. 2 einen Unterschied zwischen rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkungen zu vollziehen und nur die Umgehung tatsächlicher Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen zu verhüten. Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 S. 2 ist es gerade, insbesondere auch die Umgehung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf dem Empfehlungswege zu verhindern, wobei die Empfehlungen den Ersatz für die fehlenden Vereinbarungen darstellen. [1] Aus der Entstehungsgeschichte des § 38 Abs. 2 S. 2 [2], insbesondere aus der Fassung des § 24 nach dem Entwurf des Wirtschaftspolitischen Ausschusses wird diese Auffassung bestätigt. In diesem § 24 wurden ausdrücklich Empfehlungen zu solchem Verhalten erfasst, das nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gésetzes ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht " zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf " [3]. Damit brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass gerade der wichtige Bereich der vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen vor Umgehungen durch § 38 Abs. 2 S. 2 geschützt werden sollte. Diese Interpretation des § 24 a.F. hat auch für die endgültige Fassung des § 38 Abs. 2 S. 2 unverändert Gültigkeit, weil insoweit keine inhaltliche Einschränkung erfolgt ist.

Unter die Verbote im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 fallen demnach auch solche gesetzliche Tatbestände des GWB, welche Wettbewerbsbeschränkungen zwar nicht durch ausdrückliche Verbote untersagen, aber ihr materiellrechtliches Verbot auf anderen rechtlichen Wegen zum Ausdruck bringen, etwa durch Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitserklärung im Sinne von § 15.

Das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 beinhaltet

---

1) Vgl. hierzu Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 24.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

aber noch eine weitere, einschränkende Voraussetzung [1], nämlich dass die Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote " durch gleichförmiges Verhalten " der Adressaten bewirkt worden ist. Die ursprüngliche Fassung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses in § 24, die neben Empfehlungen gegenüber einem grösseren Personenkreis auch noch solche gegenüber Einzelunternehmen und gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von § 22 Abs. 2 erfasste [2], wurde demnach in § 38 Abs. 2 S.2 weiter eingeschränkt. Empfehlungen fallen deshalb nur insoweit unter § 38 Abs. 2 S. 2, als sie Verbote des GWB umgehen, die für eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten überhaupt geeignet sind.

Fraglich ist, ob vertikale Preisempfehlungen eine Umgehung der Verbotsvorschriften der §§ 15 oder 1, die allein in Betracht kommen, im Wege gleichförmigen Verhaltens bewirken können. Der BGH [3] hat diese Frage bejaht [4] und eine Umgehung des § 15 angenommen mit der Begründung, der § 15 umfasse neben der Bindung nur eines Abnehmers auch die Bindung einer Vielzahl von Abnehmern. Es könne daher das Verbot des § 15 auch und gerade durch das Bewirken eines gleichförmigen Verhaltens dieser Vielzahl von Abnehmern umgangen werden. Demgegenüber sind die Auffassungen im Schrifttum geteilt, wenn auch die überwiegende Meinung [5] die Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 S. 2 auf vertikale

---

1) So auch mit Recht Langen, Komm., aaO, zu § 38, B, VII.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

3) In seiner grundsätzlichen Entscheidung in WuW 1958, S. 783 ff. = Betrieb 1958, S. 1210 ff.

4) wobei er allerdings die Untersuchung nur auf Empfehlungen mit faktischer Bindungswirkung beschränkt hat, die Rechtslage bei Empfehlungen ohne faktische Bindung aber dahingestellt hat sein lassen.

5) Vgl. insbesondere Mayer-Wegelin, in Gemeinschafts-Komm., aaO, zu § 38, Anm. 30 ff.; Benisch, Zur Rechtslage ... aaO. S. 6.

Preisempfehlungen verneint. Büntig, Kracht, Loos und Löffler-Glaser [1] wollen § 38 Abs. 2 S. 2 auf vertikale Preisempfehlungen anwenden, wobei aber Kracht und Loos nur eine Umgehung des § 1 wegen der kartellarischen Wirkung auf den nachfolgenden Wirtschaftsstufen annehmen. Hingegen vertreten Benisch, Hengstenberg, Lutz, Mayer-Wegelin, Pinder und Schwartz [2] den gegenteiligen Standpunkt, weil durch vertikale Preisempfehlungen keine Umgehung gesetzlicher Verbote durch gleichförmiges Verhalten stattfinde.

Einer Klärung bedarf zunächst der Begriff des gleichförmigen Verhaltens im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2. Er ist vom Gesetz nirgends definiert, jedoch bereits in § 25 Abs. 2 Nr. 3 in anderem Zusammenhang angeführt. Da der Begriff im GWB einheitlich zu behandeln ist [3], kann auf die dortigen Erörterungen verwiesen werden [4]. Danach genügt für die Gleichförmigkeit des Verhaltens mehrerer Wirtschaftssubjekte objektiv grundsätzlich [5] ein paralleles identisches

---

1) Vgl. Büntig: Zum Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1958, S. 62; Kracht, Friedrich: Anmerkung zum Urteil des LG Köln, in Betriebsberater 1958, S. 461; Loos, Gerold: Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1958, S. 176 ff.; Löffler-Glaser; Erstreckt sich das Kartellprivileg der Markenfirmen und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen?, in Der Betrieb 1958, S. 535.

2) Vgl. Benisch: Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Der Betrieb 1957, S. 789 ff.; Hengstenberg, aaO, S. 349 ff.; Lutz, aaO, S. 128 ff.; Mayer-Wegelin: Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 GWB, aaO, S. 187 ff.; Pinder, aaO, S. 579; Schwartz, Meinungsstreit ..., aaO, S. 5o5 ff.

3) Für eine unterschiedliche Interpretation ergeben sich keine Anhaltspunkte.

4) Vgl. S. 1o1 ff.

5) Falls nicht aus dem übrigen Tatbestand eine Einschränkung hervorgeht, wie es für § 25 Abs. 2 Nr. 3 zutrifft.

Verhalten mehrerer Wirtschaftssubjekte in ihren individuellen Massnahmen; eine planmässige unverbindliche Abstimmung der Adressaten untereinander oder auch nur die Kenntnis und stillschweigende Billigung untereinander ist nicht erforderlich. Es kann demnach durchaus rechtlich unterschiedlich zu bewerten sein, ob " sich Adressaten untereinander gleichförmig verhalten " sollen oder nur " ein gleichförmiges Verhalten der Adressaten verursacht " werden braucht.

Aus dem Wort " gleichförmig " ergibt sich allein nur, dass die individuellen Verhaltensweisen der Adressaten ihrem Inhalte nach übereinstimmen müssen, es kann jedoch nicht daraus gefolgert werden, das Verhalten der Adressaten müsste von ihnen selbst untereinander bewusst abgestimmt worden sein. Dies ist bereits ein weiterer Schritt zur Einengung des Begriffs, der sich als weitere Voraussetzung aus dem jeweiligen Tatbestand ergeben muss, er wohnt einem gleichförmigen Verhalten an sich nicht inne. Im Bereich des GWB wird der Begriff des gleichförmigen Verhaltens ersichtlich zur Umschreibung eines wirtschaftlichen Erfolges gebraucht, nämlich eines Verhaltens, das sich wettbewerbsbeschränkend auswirkt, ohne dass es auf wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen horizontaler Art beruht. Vereinbarungen unter den beteiligten Adressaten, seien es auch solche stillschweigender Art, schliessen ein gleichförmiges Verhalten im Sinne des GWB aus [1]. Individuelle vertikale Vereinbarungen zwischen dritten Unternehmen (Herstellern) und jeden einzelnen Adressaten unabhängig voneinander schliessen hingegen den wirtschaftlichen Erfolg des gleichförmigen Verhaltens der Adressaten nicht aus, da sie im Verhältnis der Adressaten zueinander, auf das es allein und entscheidend ankommt, nur eine inhaltliche Identität ihres Ver-

---

1) Dann liegen die Voraussetzungen des § 38 Abs. 1 Nr. 1 in Verb. mit § 1 und des § 38 Abs. 2 S. 1 vor.

haltens herbeiführen [1], jedoch kein Übereinkommen. Erblickt man in dem " gleichförmigen Verhalten " somit einen Erfolgsbegriff, der auch durch vertikale individuelle Bindungen erzielt werden kann, so bleibt weiter zu untersuchen, ob dieser Begriff in § 38 Abs.2 S. 2 eine Einengung erfahren hat.

§ 38 Abs. 2 S. 2 spricht von Empfehlungen, die eine Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben. Nach dem Wortlaut der Vorschrift stellt das gleichförmige Verhalten allein die Wirkung der erfolgten Empfehlung dar, ohne dass sich zusätzlich noch ein Verhalten der Adressaten untereinander ergeben müsste, als ob zwischen ihnen eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung mit gemeinsamer Zwecksetzung bestünde. Aus § 38 Abs. 2 S. 2 ergibt sich auch nicht, dass sich die Umgehungen nur auf Verbote horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen beziehen sollten. Der Begriff des gleichförmigen Verhaltens setzt also keine Abstimmung unter beteiligten Adressaten voraus.

Damit ist die Frage der Anwendbarkeit des § 38 Abs. 2 S. 2 auf vertikale Preisempfehlungen aber noch nicht beantwortet. Das Verbot des § 38 Abs. 2 S. 2 verlangt ausser dem Vorliegen gleichförmigen Verhaltens noch, dass dadurch eine Umgehung eines im GWB ausgesprochenen Verbots stattgefunden hat. Hierfür kommt in erster Linie § 15, hilfsweise auch § 1 in Betracht.

Umgehungen [2] der §§ 15, 1 GWB liegen immer dann vor, wenn zwar nicht gegen den Wortlaut dieser Verbotsvorschriften unmittelbar verstossen wird, aber der nach dem Zweck der Vorschriften unzulässige Erfolg durch andere Massnahmen erreicht wird. Der nach dem Zweck

---

1) sei es durch individuelle, rechtsverpflichtende oder tatsächliche Bindungen zwischen Einzelunternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen.

2) Vgl. S. 88 ff.

der Vorschrift des § 15 unzulässige Erfolg liegt darin, dass einer oder mehrere Vertragsbeteiligte in ihrer Preisgestaltungsfreiheit bei Verträgen gegenüber Dritten eingeschränkt werden und dadurch die Preisbildung im freien Wettbewerb zwischen den Adressaten beeinträchtigt wird [1]. Während bei Preisbindungen die Befolgung durch die Adressaten und damit die Beeinträchtigung der freien Preisbildung feststeht, bedarf es bei Preisempfehlungen der Feststellung, dass durch deren Verhalten eine Beschränkung des freien Wettbewerbs eingetreten ist. Eine Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs ist regelmässig noch nicht vorhanden, wenn es sich um Individualempfehlungen zwischen Einzelunternehmen handelt. Deshalb hat das Gesetz auch auf ein " gleichförmiges Verhalten " , also einen grösseren Personenkreis der Adressaten, abgestellt [2]. Erst in einem solchen gleichförmigen Verhalten ist die gleiche Wirkung wie bei einer Wettbewerbsbeschränkung zu erblicken. Auch aus dieser Tatsache folgt, dass der Umgehungserfolg bei vertikalen Preisempfehlungen vom Gesetz nicht in einer Beschränkung der Entschliessungsfreiheit durch eine Bindung erblickt wird, sonst würde nämlich bereits eine Individualempfehlung eine Umgehung des § 15 im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 bedeuten. Der unzulässige Erfolg des § 15 ist damit nicht nur die Beschränkung der Entschliessungsfreiheit als solche, sondern als Folge davon die Beschränkung in der Bildung eines freien Wettbewerbspreises [3]. Als Umgehungsmassnahmen des § 15 zur Erreichung dieses Erfolges dienen die vertikalen Preisempfehlungen. Vertikale Preisempfehlungen sind deshalb dem Wortlaute des Ge-

---

1) Der Schutz der Entschliessungsfreiheit an sich ist nicht der Alleinzweck des GWB, vgl. S. 57 f.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

3) Vgl. Langen, Komm., aaO, zu § 38, Anm. B, VII, der unter dem in § 38 Abs. 2 S. 2 geschützten Rechtsgut abweichend die Gesetzestreue versteht.

setzes nach durchaus geeignet, durch gleichförmiges Verhalten die Umgehung des § 15 zu bewirken [1].

Aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Vorschrift des § 38 Abs. 2 S. 2 ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen, die hier geäusserte Auffassung wird dagegen gestützt. Nach der Fassung des Schriftlichen Berichts in § 24 wurden die Empfehlungen verboten, die zu einem Verhalten veranlassten, das eine Umgehung verbotener vertraglicher Bindungen darstellt. Unter diesen Verboten vertraglicher Bindungen, deren Umgehung verhütet werden sollte, fiel ersichtlich auch § 15 [2]. Wenn das Gesetz in § 38 Abs. 2 S. 2 von der Umgehung im GWB ausgesprochener Verbote spricht, so ergibt sich kein Anlass, den § 15 nicht mehr mit in die Vorschrift über das Empfehlungsverbot einzubeziehen. Trotz der anderen wörtlichen Formulierung ist der Sinn und Zweck und der materielle Inhalt der Vorschrift in bezug auf die umgangenen Verbote unverändert geblieben. In einschränkender Weise hat sich der Kreis der verbotenen Empfehlungen in § 38 Abs. 2 S. 2 gegenüber § 24 a.F. verändert. Während nach § 24 Empfehlungen unter mehreren Voraussetzungen verboten waren, u.a. dann, wenn sie sich gegen einen grösseren Personenkreis richteten, erfasst das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 nur Empfehlungen, durch die ein gleichförmiges Verhalten der Adressaten bewirkt worden ist. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber durch den Begriff des gleichförmigen Verhaltens nur den Kreis

---

1) Sieht man hingegen nur in der Beeinträchtigung der Entschliessungsfreiheit den verbotenen Erfolg des § 15, so kommt man zu dem gleichen Ergebnis nur, wenn man, wie der BGH, auch den verbotenen Erfolg des § 38 Ab. 2 S. 2 nur in der Beeinträchtigung der Entschliessungsfreiheit erblickt und die Empfehlungen immer nur als solche Beeinträchtigungen auffasst.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24; die Fassung war entsprechend dem jetzigen § 25. Demgegenüber verlangt § 38 Abs. 2 S. 2 für Preisempfehlungen ausserdem bestimmte wettbewerbsbeschränkende Wirkungen.

der Empfehlungsadressaten, nämlich einer grösseren Personenkreis mit inhaltlich gleichem Verhalten, umschreiben wollte, und der Begriff des gleichförmigen Verhaltens nur deshalb in die Bestimmung gekommen ist, weil nunmehr die Verwirklichung des Umgehungserfolges, nicht nur mehr seine Veranlassung gefordert wurde. Irgendwelche Anhaltspunkte, den Begriff des gleichförmigen Verhaltens weitergehend nur auf ein planmässiges Zusammenwirken der Adressaten zu beschränken, sind weder aus der Entstehungsgeschichte des § 38 Abs. 2 S. 2 [1] noch aus dem Zweck der Vorschrift ersichtlich. Fasst man aber das " gleichförmige Verhalten " als Beschränkung der Empfehlungen auf einen grösseren Personenkreis der Adressaten auf [2], die sich entsprechend den Empfehlungen inhaltlich gleich verhalten, so bestätigt sich, dass auch vertikale Preisempfehlungen die Voraussetzungen des Empfehlungsverbotes des § 38 Abs. 2 S. 2 erfüllen können. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 38 Abs. 2 S. 2 ist die Verhütung solcher Empfehlungen, die eine den Vereinbarungen vergleichbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung hervorrufen [3]. Durch die Befolgung vertikaler Preisempfehlungen können aber die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen wie bei einer vertikalen Preisbindung auftreten: nämlich die Beeinträchtigung der freien Preisbildung im Wettbewerb der Adressaten. Der durch § 38 Abs. 2 S. 2 geschützte wirtschaftliche Erfolg geht weiter, als nur Beschränkungen der Entschliessungsfreiheit des Einzelnen zu verhüten: er dient der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs als Institution. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Empfehlungen tatsächliche Bindungs-

---

1) Vgl. S.1o6 Anm. 4.

2) Wie gross der Kreis der Unternehmer sein muss, um ein gleichförmiges Verhalten annehmen zu können, lässt sich allgemein nicht sagen. Im Einzelfall wird man auf den wettbewerbsbeschränkenden Erfolg des jeweiligen umgangenen Verbotes abzustellen haben und zumindest einen wesentlichen, die freie Preisbildung in der betreffenden Branche beeinflussenden Marktanteil voraussetzen müssen.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 24.

wirkungen verursachen oder nicht [1]. Die Einwände der Literatur [2] gegen diese Auffassung bestehen insbesondere in dem Argument, § 15 verbiete nicht das übereinstimmende Fordern eines bestimmten Preises durch die vertikal Gebundenen, sondern nur die Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit des einzelnen Abnehmers; die Möglichkeit der Bindung mehrerer sei kein Tatbestandsmerkmal des § 15, demzufolge könne eine Umgehung des vertikalen Preisbindungsverbotes nicht in Frage kommen. Diesen Argumenten kann, wie abschliessend zu den obigen Ausführungen festzustellen ist, deshalb nicht gefolgt werden, weil der Umgehungserfolg des § 15 nicht nur in der Beeinträchtigung der Entschliessungsfreiheit des Einzelnen, sondern darüber hinaus in der Beeinträchtigung der Preisbildung im freien Wettbewerb liegt, ohne dass es auf die Anzahl der Abnehmer ankommt. Tatbestandsmerkmal des § 15 ist zwar jeweils die Individualbeziehung zwischen bindenden und gebundenen Unternehmen; die Möglichkeit, dass ein Unternehmen mehrere Abnehmer auf Grund gleichlautender Individualverträge bindet, ist jedoch in § 15 mitinbegriffen. Die Beschränkung des Empfehlungsverbotes auf gleichförmiges Verhalten der Abnehmer bezieht sich auf einen grösseren Personenkreis und bedeutet deshalb nur eine durchaus mögliche Einschränkung des Erfolges des umgangenen vertikalen Preisbindungsverbotes, in dem ein Unternehmen die Befolgung gleichlautender Empfehlungen durch mehrere Abnehmer bewirkt.

Abschliessend bleibt deshalb festzustellen, dass auch vertikale Preisempfehlungen [3] für Waren und gewerbliche Leistungen - ob mit oder ohne Bindungswirkung - unter den erörterten Voraussetzungen unter das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 fallen. Inwieweit vertikale Preisempfehlungen für Markenwaren von der

---

1) Der BGH, aaO, S. 1210 ff. lässt diese Frage offen.
2) Vgl. S. 125.
3) Jedoch nicht Preisinformationen, vgl. S. 28.

Ausnahmeregelung des § 16 GWB betroffen werden, bleibt noch zu erörtern [1].

In subjektiver Hinsicht verlangt § 38 Abs. 2 S. 2 ausserdem, dass der Empfehlende die vertikalen Preisempfehlungen jeweils vorsätzlich ausgesprochen und das gleichförmige Verhalten auch der Adressaten vorsätzlich herbeigeführt hat. Die Umgehung des Verbotes des § 15 braucht hingegen nicht vorsätzlich herbeigeführt zu sein.

§ 13 : Die Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln, Handelsbräuchen und allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der Verbotsvorschriften der §§ 15, 25 Abs. 1 und 38 Abs. 2 S. 2 GWB

Vertikale Preisbindungen auf Grund rechtlicher Verpflichtung oder tatsächlicher Massnahmen sowie Preisempfehlungen brauchen nicht immer als Klausel oder Begleitmassnahmen der zugrundeliegenden individuellen Austauschverträge zu erscheinen, sie können auch Bestandteil von Wettbewerbsregeln, Handelsbräuchen oder allgemeinen Geschäftsbedingungen sein, die von den betreffenden Unternehmen eingehalten werden.

I. Die Vereinbarkeit von Massnahmen, insbesondere von Vereinbarungen zwischen Unternehmen [2] zur Sicherung lauteren Wettbewerbs, kurz Wettbewerbsregeln genannt, mit dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat insbesondere im Hinblick auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen Bedeutung und ist im Schrifttum [3] bisher auch vornehmlich nur unter diesem Gesichtspunkt

---

1) Vgl. S. 189 ff.

2) Nur zwischen Unternehmen ist die Frage der Zulässigkeit mit dem GWB im Hinblick auf §§ 1, 15 von Belang.

3) Eine Rechtsprechung zu dieser Frage liegt noch nicht vor.

behandelt worden [1]. Trotzdem ist diese Frage auch für das vertikale Preisbindungs- und Empfehlungsverbot berechtigt [2]. Zwar werden weniger Einzelunternehmen individuelle gleichlautende Wettbewerbsregeln mit ihren Abnehmern treffen [3], solche Wettbewerbsregeln können aber von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen ausgehen, die ihre beteiligten Mitglieder verpflichten [4], die Einhaltung der Wettbewerbsregeln auch ihren Abnehmern aufzuerlegen und diese wiederum zu veranlassen, auch die nachfolgenden Wirtschaftsstufen in gleicher Weise zu verpflichten, so dass neben einer horizontalen auch eine vertikale Preisbindung in Frage stehen kann.

Das GWB hat die Aufstellung von Wettbewerbsregeln und ihre Einhaltung zwischen Unternehmen gem. §§ 28 ff. GWB ausdrücklich gestattet. Es versteht nach der Legaldefinition des § 28 Abs. 2 unter Wettbewerbsregeln Bestimmungen, die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen. Sinn und Zweck der vom GWB zugelassenen Wettbewerbsregeln ist es, im Verhältnis der Unternehmen zueinander zur Ordnung des Wettbewerbs und zu einer Ergänzung und Abgrenzung des GWB und UWG beizutragen; sie dienen für die einzelnen Wirtschaftszweige einesteils der Ausschliessung unlauteren Verhaltens im

---

1) Möhring, Philipp: Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, I. Teil, in WuW 1954, S. 387 ff.; Rasch, Harold: Vereinbarungen zur Sicherung lauteren Wettbewerbs, in Betriebsberater 1954, S. 509; Benisch, Werner, Wettbewerbsregeln der grauen Zone, in WuW 1956, S. 643 ff.; v. Brunn, Johann-Heinrich: Die wettbewerbs-läuternde Vereinbarung, in Festschrift für Isay, Köln-Berlin 1956, S. 167 ff.; Franzen, Hans: Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, in WuW 1957, S. 741 ff.; Benkendorff, Gerhard: Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, in WuW 1958, S. 416 ff.

2) Die Frage kann natürlich nur insoweit von Belang sein, als die Voraussetzungen des § 15 vorliegen.

3) im Wege autonomer vertikaler Preisbindungen; denkbar ist aber, dass Einzelhersteller die Aufstellung von Wettbewerbsregeln bzgl. einer Ware auf der nachfolgenden Abnehmerebene empfehlen.

4) Also heterogene vertikale Preisbindungen.

Wettbewerb und zum anderen der Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs [1].

Der Geltungsbereich solcher Wettbewerbsregeln kann sich sowohl auf die horizontale wie auf die vertikale Ebene beziehen, da ein wirtschaftliches Bedürfnis zur Ordnung des Wettbewerbs im Rahmen des zulässigen nicht nur zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, sondern auch zwischen solchen verschiedener Wirtschaftsstufen besteht. Aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des Gesetzes ergeben sich keinerlei entgegenstehende Gesichtspunkte. Es sind auch keine rechtlich oder wirtschaftlich beachtlichen Gründe vorhanden, Wettbewerbsregeln in ihrem rechtlichen und tatsächlichen Wirkungsbereich auf die horizontale Ebene zu beschränken, da zulässige Wettbewerbsregeln auch in vertikaler Richtung günstig auf einen echten Leistungswettbewerb wirken, indem sie unlauteres Verhalten im Wettbewerb und schädigende Auswüchse der Wettbewerbsfreiheit beseitigen sowie den Leistungswettbewerb fördern.

Die Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln in vertikaler Richtung bestimmt sich nach den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 28 ff. Hierbei ergibt sich zunächst die Frage, wer Wettbewerbsregeln aufstellen kann. § 28 Abs. 1 spricht nur von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen. Da im Wirtschaftsleben regelmässig Wettbewerbsregeln für bestimmte Wirtschaftszweige aufgestellt werden und dies in den Aufgabenbereich der zuständigen Vereinigungen der Unternehmen der betreffenden Branche fällt, hat das Gesetz die typische Art der Wettbewerbsregeln erfasst. Damit hat es aber nicht zum Ausdruck bringen wollen, dass Wettbewerbsregeln in zulässiger Weise ausschliesslich nur von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, vor § 26 a. Die Vorschriften über Wettbewerbsregeln sind erst vom Wirtschaftspolitischen Ausschuss des Bundestags eingefügt worden.

aufgestellt werden dürfen [1]. Vielmehr ist in § 28 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 3 nur eine ausdrückliche Sonderbestimmung und Vergünstigung für Wettbewerbsregeln von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen zu erblicken, die es diesen Vereinigungen ermöglicht, ihre aufgestellten Wettbewerbsregeln in das bei der Kartellbehörde geführte Register eintragen zu lassen. Diese Auslegung folgt aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Noch die Begründung [2] zum Regierungsentwurf ist davon ausgegangen, dass Vereinbarungen zur Verhinderung unlauteren Verhaltens und zur Förderung des Leistungswettbewerbes nach dem GWB zulässig sind, ohne dass dies besonders erklärt zu werden braucht. Durch die Einfügung der Vorschriften über die Wettbewerbsregeln durch den Wirtschaftspolitischen Ausschuss des Bundestages ist nur eine besondere gesetzlich normierte Ergänzung und Klarstellung des Anwendungsbereiches des GWB und seiner Abgrenzung zum UWG im Hinblick auf die enge Verzahnung der Vorschriften dieser beiden Rechtsgebiete erfolgt [3]. In keinem Falle sollte aber eine Einschränkung des Geltungsbereiches der Wettbewerbsregeln gegenüber dem Regierungsentwurf erfolgen. Eine Beschränkung der Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln auf bestimmte Unternehmensvereinigungen würde auch dem Sinn und Zweck der Anerkennung von Wettbewerbsregeln, der Sicherung des lauteren und leistungsfördernden Wettbewerbs, nicht entsprechen. Daraus folgt, dass nicht nur die Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, sondern auch die einzelnen Unternehmen Wettbewerbsregeln aufstellen können [4], und zwar

---

1) Vgl. Franzen, in Gemeinschaftskommentar, aaO, Vorbem. zu §§ 28 - 33, Anm. 24.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 26 a, S. 25.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 26 a. Dem Willen des Gesetzgebers entsprach eher eine Ausweitung der Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln als umgekehrt.

4) Vgl. auch v. Brunn, aaO, S. 167 ff.

auch in vertikaler Richtung. Hingegen ist nach den Vorschriften der §§ 28 Abs. 3, 29 ff. GWB nur für Wettbewerbsregeln der Wirtschafts- und Berufsvereinigungen eine Eintragung in das bei der Kartellbehörde geführte Register mit der Wirkung des § 29 möglich. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut dieser Vorschriften; diese sehen in § 28 Abs.3 ausdrücklich nur für Wirtschafts- und Berufsvereinigungen die Möglichkeit vor, die Eintragung von Wettbewerbsregeln zu beantragen und Änderungen und Ergänzungen mitzuteilen und bestimmen in § 31 Abs. 2, dass solche Vereinigungen die Ausserkraftsetzung von ihnen aufgestellter Wettbewerbsregeln, die in das Register eingetragen sind, bei der Kartellbehörde anzumelden haben.

Während die allgemeine Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln schon vor Einfügung der §§ 28 ff. in das GWB feststand, hat der Gesetzgeber für die Wettbewerbsregeln von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen eine besondere gesetzliche Regelung für notwendig gehalten [1]. Für eine entsprechende Anwendung der Eintragungsvorschriften auf andere Unternehmen, die Wettbewerbsregeln aufstellen, ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften keine genügenden Anhaltspunkte. Hätte der Gesetzgeber die Eintragungsmöglichkeit für alle Wettbewerbsregeln gewollt, so hätte er dies zum Ausdruck gebracht. Die Eintragungsvorschriften sind ihrem Zweck und Wortlaut nach auf die Wirtschaftsvereinigungen und die sich darauf beziehenden Vereinbarungen ihrer beteiligten Unternehmen gem. § 29 GWB zugeschnitten. Eintragungsfähige Wettbewerbsregeln dieser Vereinigungen können nicht nur den horizontalen Wettbewerb zwischen Unternehmen derselben Branche, sondern auch den Wettbewerb in vertikaler Richtung mit den Abnehmern regeln, bis zum Letztverbraucher. Wenn die Aufstellung von Wett-

---

1) Ersichtlich nicht nur wegen ihrer quantitativen Bedeutung, sondern auch wegen ihrer Abgrenzung zum GWB.

bewerbsregeln in vertikaler Richtung, wie bereits begründet, möglich ist, so kann diese Aufstellung auch durch Wirtschaftsvereinigungen stattfinden und eingetragen werden.

Die hieraus entstehende Unterscheidung der Wettbewerbsregeln in eingetragene und nichteingetragene bleibt auf die gemeinsamen materiellrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen ohne Einfluss. Die §§ 28 ff. beinhalten als Sonderregelung für eingetragene Wettbewerbsregeln nur ein formelles Prüfungsverfahren bei der Eintragung. An die Tatsache der Eintragung knüpft das Gesetz die auf dem Gedanken des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit beruhende Rechtsfolge des § 29, wonach Vereinbarungen zwischen beteiligten Unternehmen zur Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln nicht dem Kartellverbot des § 1 unterliegen.

Die Eintragung bewirkt nicht konstitutiv die materiellrechtliche Zulässigkeit der Wettbewerbsregeln, sie hat ihren Sinn und Zweck nach, abgesehen von der Rechtsfolge des § 29, nur deklaratorische Bedeutung. Die materiellrechtliche Vereinbarkeit von eingetragenen und nichteingetragenen Wettbewerbsregeln ist deshalb für beide Arten unterschiedslos unter den gleichen Voraussetzungen zu prüfen. Die im einzelnen noch nicht geklärte Frage [1], inwieweit die Aufstellung von Wettbewerbsregeln und ihre Einhaltung durch Vereinbarungen oder tatsächliche Massnahmen nach dem GWB zulässig sind, interessiert hier im wesentlichen nur hinsichtlich der Abgrenzung zum vertikalen Preisbindungs- und Empfehlungsverbot.

Das Gesetz hat in § 28 Abs. 2 den Begriff und Zweck der Wettbewerbsregeln darin gesehen, unlauterem Verhalten entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen,

---

1) Vgl. hierzu Franzen, aaO, S. 741 ff.; Benkendorff, aaO, S. 416 ff.

mithin einesteils im Sinne des UWG und als Ergänzung zu diesem Gesetz unlauteren Wettbewerb in den einzelnen Wirtschaftszweigen zu verhüten [1], zum anderen in dem lauteren, erlaubten Bereich des Wettbewerbs anregend und fördernd zu wirken. Bei der Verfolgung dieser Zwecke dürfen die Wettbewerbsregeln, wie sich aus § 31 ergibt, jedoch nicht gegen die Bestimmungen des GWB , UWG, des Rabattgesetzes und der Zugabenverordnung verstossen. § 31 GWB, der dem Wortlaut nach der Kartellbehörde im Eintragungsverfahren die zu prüfenden materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Wettbewerbsregeln vorschreibt [2], muss als allgemeine Voraussetzung der Zulässigkeit sowohl für einzutragende als auch für nichteinzutragende Wettbewerbsregeln gelten [3]. Es bestehen keine Gründe, in dieser Hinsicht zwischen eingetragenen und nichteingetragenen Wettbewerbsregeln zu unterscheiden. Insbesondere steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des § 31 innerhalb des Eintragungsverfahrens gestellt hat. Hieraus kann nicht geschlossen werden, dass er die materiellen Voraussetzungen des § 31 auf einzutragende Wettbewerbsregeln beschränkt wissen wollte. Sinn und Zweck der Regelung der §§ 28 ff. ist, wie bereits ausgeführt, nicht die vollständige Erfassung der Wettbewerbsregeln in ihren Arten und Voraussetzungen, sondern nur eine klärende rechtliche Abgrenzung von den verschiedenen Rechtsbereichen des GWB und UWG mit der Möglichkeit

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 1 und die Begründung, aaO, zu § 26a, S. 25; unlauterer Wettbewerb liegt ausserhalb des durch das GWB geschützten Bereichs der Wettbewerbsfreiheit, Beschränkungen des unlauteren Wettbewerbs sind deshalb zulässig.

2) Die " Kann-Vorschrift " beruht darauf, dass die Beantwortung der Frage, ob eine Gesetzesverletzung vorliegt, oft eine wirtschaftspolitische Ermessensentscheidung darstellt. Wird aber ein Gesetzesverstoss festgestellt, dann hat die Kartellbehörde die Eintragung abzulehnen.

3) Vgl. auch Franzen, aaO, S. 741 ff.

ihrer Eintragung. Der Gesetzgeber hat deshalb die Zulässigkeitsvoraussetzungen auch nur in diesem Zusammenhang ausdrücklich geregelt, ohne sie für andere Fälle ausschliessen zu wollen. Da es sich hierbei jedoch um allgemeine Grundsätze des Rechts gegen Wettbewerbsregeln handelt, steht ihrer Anwendung auf sämtliche Wettbewerbsregeln nichts entgegen und entspricht dem Sinn und Zweck des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Für die Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln sowie Vereinbarungen und Massnahmen zu deren Einhaltung ergibt sich somit folgendes:

1) Statthaft ist einmal die Aufnahme von wettbewerbsirrelevanten Verhaltens[1] in Wettbewerbsregeln. Vereinbarungen hierüber, auch wenn sie im Zusammenhang mit Wettbewerbsfaktoren erfolgen, sind nicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des GWB herbeizuführen.

2) Zulässig sind auch Wettbewerbsregeln, die sich auf Wettbewerbsfaktoren beziehen, jedoch der Feststellung oder allein der Verhütung unlauteren Wettbewerbs dadurch dienen, dass sie Tatbestände festlegen, die dem Wortlaut des UWG, insbesondere den Generalklauseln dieses Gesetzes (§ 1 UWG), dem Rabattgesetz und der Zugabeverordnung sowie den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen einen näher umschriebenen konkreten Gehalt für die einzelnen Wirtschaftsbranchen geben. Verbote von Wettbewerbshandlungen, die auch nach diesen Gesetzen und der Rechtsprechung verboten sein würden, sind immer als kartellrechtlich zulässig zu betrachten [2]. Wendet man diese allgemei-

---

1) welches sich nicht auf Wettbewerbsfaktoren wie Preis, Geschäftsbedingungen, Qualität, Reklame usw. bezieht: Z.B. Übereinkommen über technische Daten wie Maße und Gewichte.

2) Vgl. die Ausführungen des Bundeswirtschaftsministeriums in WuWE, BWM 18, 31 und Möhring, aaO, S. 387.

nen Erkenntnisse auf Beschränkungen der vertikalen Preisgestaltungsfreiheit an, so ergibt sich, dass Verbote von vertikalen Preisunterbietungen, auch unter die Selbstkosten, in Wettbewerbsregeln dann statthaft sind, wenn noch besondere Umstände der Preisunterbietung, die auf Sittenwidrigkeit schliessen lassen, hinzutreten, wie etwa: Preisschleuderei, durch systematisches Unterbieten der Preise hervorgerufene wirtschaftliche Vernichtung von Mitbewerbern, Preistreibereivereinbarungen, Preisunterbieten, das mit Nötigungen verbunden ist oder sich auf Rechtsbruch gründet [1]. Die Unterbietung der geltenden Preise und Selbstkosten allein oder diskriminierendes Verhalten, das in der unterschiedlichen Behandlung von Kunden in Preisen und Rabatten zum Ausdruck kommt, ist noch nicht unlauter; Verbote zu einem solchen Verhalten sind deshalb auch noch nicht kartellrechtlich erlaubt. Eine Ausnahme gilt für den Preisschutz nach § 1 UWG für preisgebundene Waren: dies setzt aber die Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen nach dem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen voraus, die hier gerade in Frage steht.

Die Abgrenzung, wann im Einzelfall sittenwidrige Begleitumstände bei der Preisunterbietung vorliegen und zum Gegenstand von Wettbewerbsregeln durch die einzelnen Wirtschaftszweige gemacht werden können, kann jedoch Schwierigkeiten bereiten, wenn bestimmte konkrete Wettbewerbsverhältnisse durch das Gesetz nicht geregelt und auch durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden sind. Es ist dann nicht nur Aufgabe und Zweck der Wettbewerbsregeln, den Tenor des § 1 UWG und die Entscheidungsgründe der Rechtsprechung der oberen Gerichte zu wiederholen [2]. Sinn und Zweck der Wettbewerbsre-

---

1) Vgl. Reimer, System. Komm., aaO, S. 577 ff.; Fikentscher, Wolfgang: Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, in Betriebsberater 1958, S. 2o1 ff. Vgl. auch Langen, Komm., zu § 28, Anm. I, S. 2, 3 und Beschluss des Bundeskartellamts vom 9.12.1959 in WuWE, Teil II, BKartA 96.

2) Hierzu gehören auch die Rabatte und die Kostenbestandteile, nicht jedoch die normalen Skonti.

geln ist vielmehr, unlauteres Verhalten in den einzelnen Wirtschaftszweigen als wichtige Ergänzung der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu verhüten. Es ist davon auszugehen, vor allem in Anbetracht der nur kasuistischen Rechtsprechung, dass grundsätzlich die Wettbewerbsregeln vor allem auch noch nicht entschiedene Fälle des unlauteren Wettbewerbs, über die in den Wirtschaftszweigen Zweifel herrschen, sowie Streitfälle des unlauteren Verhaltens klären sollen. Das Ausmass der Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln zur Klärung noch nicht geregelter Fälle ist für die einzelnen Wettbewerbsfaktoren unterschiedlich zu bemessen und bedarf für den Preis die grösste Einschränkung.

Die zentrale Stellung des Wettbewerbsfaktors Preis und seiner Bestandteile innerhalb des freien Wettbewerbs verlangt von Wettbewerbsregeln, die auf die Preisgestaltung in horizontaler oder vertikaler Richtung Einfluss nehmen, eine besonders genaue und eindeutige Einhaltung der Grenzen des unlauteren Wettbewerbs, innerhalb deren die Preisgestaltungsfreiheit des Einzelnen eingeschränkt werden kann. Die Aufrechterhaltung einer Preisbildung im freien Wettbewerb der Wirtschaftssubjekte soweit wie möglich ist das Grundprinzip der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung [1] und das Hauptanliegen des GWB.

Bei der Festlegung oder Empfehlung von Verhaltensweisen in Wettbewerbsregeln, welche die Preisgestaltungsfreiheit betreffen und noch nicht durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung entschieden sind, können vornehmlich die ergänzenden Methoden der Rechtsfindung Anwendung finden: nämlich extensive Auslegung und analoge Anwendung von gesetzlichen Tatbeständen und richterlichen Leitsätzen auf interessenmässig gleich- oder ähnlich gelagerte Sachverhalte. Diese Rechtsfindung darf nicht willkürlich, sondern muss nur unter Wahrung der juristischen Betrachtungsweise geschehen. Hierbei

---

1) Vgl. S. 3 ff.

ist allerdings zu berücksichtigen, dass angesichts der kasuistischen Rechtsprechung, insbesondere zu § 1 UWG, eine sichere Vorauskenntnis der Stellungnahme höherer Gerichte nicht möglich ist [1]. Lassen sich mit Hilfe dieser juristischen Methoden bestimmte Verhaltensweisen nicht eindeutig als unlauter klassifizieren und verbleiben Zweifel über ihre Lauterkeit, so besteht die Vermutung, dass diese Verhaltensweisen nicht mehr in den Bereich des unlauteren Wettbewerbs fallen und damit auch nicht mehr unbeschränkt Wettbewerbsregeln unterworfen werden können [2]. Für den Preiswettbewerb verdient im Falle der Kollision zwischen Wettbewerbsfreiheit und dem Interesse eines geordneten lauteren Wettbewerbs die erstere den Vorzug. Eine Ausnahme wird nur dann gelten können, wenn über die Lauterkeit der in Zweifel stehenden Verhaltensweisen oder ähnlich gelagerter Fälle in der Rechtsliteratur in beachtlicher Weise Streit besteht. In diesen Fällen liegt eine klärende Entscheidung durch Wettbewerbsregeln nicht nur im Interesse der Verhütung unlauteren Wettbewerbs zwischen den Unternehmen der betreffenden Wirtschaftsbranche, sondern dient durch Beseitigung von Unklarheiten auch der Förderung eines freien Leistungswettbewerbs.

Wettbewerbsregeln können somit hinsichtlich der Preisgestaltung in horizontaler oder vertikaler Richtung keine von den gesetzlich normierten Tatbeständen und den Grundsätzen der Rechtsprechung losgelöste unabhängige Quelle für eine eigene Rechtsfindung darüber bilden, was für bestimmte Wirtschaftskreise als unlauterer Wettbewerb anzusprechen ist und was nicht. Die berufsethische Auffassung oder die Billigung durch die der Wirtschaftsbranche angehörigen Unternehmen,

---

1) Vgl. BGH in WuW 1954, S. 28o.

2) Es bleibt allerdings die Möglichkeit für die Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, eine Prüfung im Eintragungsverfahren gem. §§ 28 Abs. 3, 29 ff. herbeizuführen.

was als recht, billig und üblich empfunden wird, genügt nicht, um ein Verhalten im Preiswettbewerb - anders wird es teilweise für die übrigen Wettbewerbsfaktoren sein - als unlauter zu erklären und damit den Wettbewerbsregeln zu unterwerfen [1]. So können z.B. nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhütung unlauteren Verhaltens für zulässig angesehen werden: Vereinbarungen über die Meldung von Preisen oder deren Bestandteilen zwischen verschiedenen Unternehmen, die der Preisangleichung dienen sollen, sowie Preisabweichungen in bestimmten Fällen, etwa bei öffentlichen Aufträgen, verbieten wollen.

3) Zweck und Aufgabe der Wettbewerbsregeln erschöpft sich aber nicht in der Verhütung unlauteren Verhaltens. Das Gesetz spricht in § 28 ausdrücklich auch von der Anregung und Förderung der Grundsätze des lauteren Wettbewerbs. Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 28 ff. kann entnommen werden, dass unter Förderung lauteren Wettbewerbs nicht nur die Aufstellung unlauterer Verhaltensweisen verstanden werden kann. Wäre das der Fall gewesen, hätte die erste Zwecksetzung des § 28 Abs. 2: " Einem den Grundsätzen des lauteren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten entgegenzuwirken " genügt. Der Gesetzgeber wollte aber ersichtlich mehr: nämlich eine Förderung und Klärung innerhalb des weiteren Bereichs an sich erlaubten Wettbewerbsverhaltens, der durch die weitere Grenzziehung des Begriffes " Wettbewerb " einesteils und durch die gesetzlichen Tatbestände des unlauteren und verbotenen Verhaltens andererseits entstanden ist [2].

---

1) Vgl. aber Franzen in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 28, Anm. 3 ff. und WuW 1957, S. 741 ff. sowie Benkendorff, aaO, S. 416 ff., die wohl keinen besonderen Unterschied zwischen den einzelnen Wettbewerbsfaktoren machen.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 1.

Der Gesetzgeber ist deshalb ersichtlich davon ausgegangen, dass Wettbewerbsregeln und Vereinbarungen über deren Einhaltung, wenn sie den Bereich unlauteren Verhaltens verlassen, nicht immer schon unzulässig sein und Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des GWB darstellen sollen [1]. Schon die Begründung hat Beispiele angeführt, in denen Vereinbarungen über ein lauteres Verhalten nicht unter das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen fallen [2]. Auch der Schriftliche Bericht [3] spricht von Wettbewerbsregeln als positive Handhabe insbesondere auch für die Anregung und Förderung des Leistungswettbewerbs. Geht man davon aus, dass das GWB nicht die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfreiheit schlechthin, sondern die Sicherung der Freiheit des Leistungswettbewerbs bezweckt, so müssen auch Wettbewerbsregeln, die diesem Leistungswettbewerb nicht zuwiderlaufen, sondern ihn fördern, möglich sein. Die Zulässigkeit solcher Wettbewerbsregeln ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sie auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 GWB [4] für eine Eintragung solcher Wettbewerbsregeln erfüllen, weil in der Förderung des Leistungswettbewerbs allein kein Verstoss gegen das GWB liegt. Nicht jeder nach dem UWG erlaubter Wettbewerb ist aber zugleich Leistungswettbewerb [5]. Deshalb kann in Auslegung des § 28 Abs. 2 Zweck der Wettbewerbsregeln nur sein, ein den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs, nicht des lauteren Wettbewerbs allgemein, entsprechendes Verhalten der Wettbewerber anzuregen und zu fördern, ein diesen Grundsätzen zuwiderlaufendes Verhalten zu verhindern. Eine Beschränkung der

---

1) Dieser Bereich wird auch als " graue Zone " bezeichnet, vgl. Benisch, aaO, S. 643 ff.

2) Vgl. Begründung, aaO, S. 25: Vereinbarungen zwischen Unternehmen bestimmter Wirtschaftszweige, Preiserhöhungen durch Senkung der Verdienstspanne aufzufangen.

3) AaO, zu § 26 a.

4) Diese Vorschrift gilt, wie bereits erörtert, auch für die nicht eingetragenen Wettbewerbsregeln, vgl. S.138.

5) Vgl. S.7 f.

Wettbewerbsfreiheit zum Nichtleistungs- und Behinderungswettbewerb durch Wettbewerbsregeln, die den Leistungswettbewerb selbst nicht beeinträchtigen, sondern nur dienlich sind, muss ebenso unbeachtlich bleiben wie eine Beschränkung der Freiheit zum unlauteren Wettbewer.

Die Abgrenzung von wettbewerblichem Verhalten, das dem Leistungswettbewerb förderlich ist und was ihn beeinträchtigt, kann nur im Einzelfall entschieden werden und liegt bei den einzelnen Wettbewerbsfaktoren unterschiedlich [1]. Die strengsten Anforderungen sind auch hier an die Zulässigkeit solcher Wettbewerbsregeln zu stellen, die eine Einflussnahme auf die Preisgestaltungsfreiheit treffen. Im Preis kommt der Leistungswettbewerb und das ökonomische Prinzip am reinsten zum Ausdruck; Beeinträchtigungen der Preisgestaltungsfreiheit bedeuten grundsätzlich demnach auch Beeinträchtigungen des Leistungswettbewerbs, weil damit der entscheidende Wertmesser für die Leistungen der einzelnen Unternehmen gestört wird.

Ausnahmen von diesem Grundsatz können nur unter besonderen Voraussetzungen gelten [2]: wenn nämlich Wettbewerbsregeln durch Einflussnahme auf die Preisgestaltung keine Einschränkung des Wettbewerbs hinsichtlich des Preises zwischen mehreren Unternehmen gleicher oder verschiedener Wirtschaftsstufen bewirken und auch keine identische Gestaltung der individuellen Preise und Preisbestandteile der Unternehmen herbeiführen wollen, sondern die Einflussnahme allein dazu dient, durch abstrakt gehaltene Massregeln die Unternehmen zu dem Leistungswettbewerb förderliche Preis-

---

1) Es ist ein Unterschied, ob Einfluss auf die Preisgestaltung genommen wird oder ob nur Abreden über Formulare, Abrechnungsmethoden oder Rationalisierung des innerbetrieblichen Arbeitsablaufs getroffen werden.

2) Vgl. Begründung, aaO, S. 25.

senkungen oder Vermeidung von Preiserhöhungen [1] anzuhalten. In keinem Falle darf aber der Wettbewerb zwischen den Unternehmen in den konkreten Endpreisen und deren Bestandteilen beeinträchtigt werden. Die Möglichkeiten für eine echte Förderung des Leistungswettbewerbs durch Wettbewerbsregeln sind demnach auf dem Gebiete der Preisbildung gering.

Wettbewerbsregeln, die sich inhaltlich in zulässiger Weise mit der Verhütung unlauteren Wettbewerbs oder der Förderung des Leistungswettbewerbs befassen und Vereinbarungen oder sonstige Massnahmen zu deren Einhaltung erlangen nur dann Rechtsgültigkeit, wenn sie gem. § 31 GWB nicht mit Einzelbestimmungen des GWB, des UWG, des Rabattgesetzes und der Zugabenverordnung sowie den Grundsätzen der dazu ergangenen Rechtsprechung kollidieren. Eine solche Kollision, die immer noch gesondert zu prüfen ist, liegt vor, wenn Wettbewerbsregeln ein Verhalten gestatten, welches nach den genannten Gesetzen nicht zulässig ist oder Handlungen verbieten, welche ausdrücklich rechtlich anerkannt sind.

Soweit Wettbewerbsregeln als zulässig zu betrachten sind, fallen auch vertikale Preisbindungen und Empfehlungen [2] zwischen Unternehmen zur Einhaltung dieser Wettbewerbsregeln nicht unter die Verbote der §§ 15, 25, 38 Abs. 2 S. 2.

Eine Besonderheit besteht für eingetragene Wettbewerbsregeln von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen. § 29 stellt Vereinbarungen zur Einhaltung von eingetragenen Wettbewerbsregeln vom Kartellverbot des § 1 GWB

---

1) Etwa durch Senkung bei Preisbestandteilen, Verdienstspannen im Verhältnis der zu erwartenden Kostenerhöhungen auf anderen Gebieten. Konkrete Preisfestsetzungen müssen jedoch vermieden werden, da sie zur Ausschaltung des freien Preiswettbewerbs führen.

2) Preisinformationen fallen nicht hierunter. Vgl. S. 28 ff.

frei [1]. Zu untersuchen ist aber, ob solche Vereinbarungen, wenn sie in vertikaler Richtung verlaufen, auch vom vertikalen Preisbindungsverbot freigestellt werden.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gibt hierüber keine ausdrückliche Auskunft [2], auch aus den übrigen Vorschriften des GWB ergeben sich keine vergleichbaren Regelungen. Sinn und Zweck der ausdrücklichen Freistellung des § 29 ist aber, jedem Unternehmen die Gewissheit zu geben, dass es nicht mit den Bestimmungen der Gesetze im Sinne des § 31 in Konflikt gerät, wenn es sich durch eine gemeinsame Vereinbarung zur Einhaltung derartiger eingetragener Wettbewerbsregeln verpflichtet. Aus der Tatsache der Eintragung folgert das Gesetz damit im Wege der unwiderlegbaren Rechtsvermutung die Zulässigkeit der Wettbewerbsregeln und betrachtet sie demzufolge nicht als Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1. Das Gesetz hat dabei nur die unmittelbare Folge der Aufstellung solcher Wettbewerbsregeln im Auge gehabt: nämlich Vereinbarungen auf horizontaler Ebene und damit Freistellung vom Kartellverbot. Es liegen aber keine rechtlich oder wirtschaftlich beachtlichen Gründe dafür vor, dass die Freistellung ausdrücklich nur auf das Kartellverbot beschränkt werden sollte. Auch Wettbewerbsregeln, die sich auf vertikaler Ebene erstrecken, können, wie bereits erörtert, in zulässiger Weise aufgestellt werden; für sie besteht ebenso ein wirtschaftliches Bedürfnis wie für solche auf horizontaler Ebene. Werden aber Wettbewerbsregeln mit diesem Inhalt eingetragen, so muss § 29 aus dem ihm innewohnenden Rechtsgedanken in extensiver Auslegung auch auf vertikale Vereinbarungen Anwendung fin-

---

1) Die Verbote des § 25 Abs. 2 werden hiervon nicht berührt, weil ein Zwang zum Beitritt zu erlaubten Vereinbarungen trotz allem nicht gestattet ist.

2) Vgl. Begründung, aaO und Schriftl. Bericht, aaO.

den. Diese dürfen dann ebenfalls nicht als Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des GWB betrachtet und müssen deshalb von den Verboten freigestellt werden. Nur auf diese Weise wird auch dem Sinn und Zweck des § 29 Rechnung getragen, der jedem Unternehmen, welches sich zur Einhaltung eingetragener Wettbewerbsregeln verpflichtet und auf die Eintragung vertraut, Gewissheit über die Zulässigkeit der Regeln und die Vereinbarkeit der Übereinkommen mit dem GWB geben will. Diesem Zweck des § 29 entsprechend kann sich demnach auch der Begriff der Beteiligten in § 29 nicht nur auf die Mitglieder der Wirtschafts- und Berufsvereinigungen beziehen, welche die Wettbewerbsregeln aufstellen. Dieser Begriff ist andererseits auch schon seiner Zweckbestimmung als materiellrechtlicher Begriff entsprechend nicht mit dem im Kartellverfahrensrecht nach §§ 51 ff. GWB [1] genannten Begriff der Verfahrensbeteiligten identisch. Bei der Bestimmung des Begriffes ist vielmehr davon auszugehen, dass der Geltungsbereich zulässiger Wettbewerbsregeln innerhalb eines Wirtschaftszweiges nicht auf die Mitglieder des betreffenden Wirtschaftsverbandes beschränkt, sondern nur auf alle horizontalen und vertikalen Wettbewerber in dem betreffenden Wirtschaftsbereich Anwendung finden kann. Diesen Wettbewerbern muss es offen stehen, sich den Wettbewerbsregeln anzuschliessen und Vereinbarungen über ihre Einhaltung zu treffen. Andernfalls würden diese Wettbewerbsregeln der Diskriminierung dienen. Als Beteiligte im Sinne des § 29 kommen deshalb alle Unternehmen eines Wirtschaftszweiges auf der horizontalen und vertikalen Ebene in Betracht.

Vereinbarungen zur Einhaltung von eingetragenen Wettbewerbsregeln gem. § 29 sind dahingehend auszulegen, dass sie nicht nur Vereinbarungen rechtsverpflich-

---

1) Dieser Ansicht ist Franzen, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 29, Anm. 5.

tender Art, sondern auch Bindungen kraft tatsächlicher Massnahmen, die Bestandteil der Vereinbarungen sind, erfassen [1]. Eine entsprechende Anwendung des § 29 sollte auch stattfinden, wenn die Einhaltung dieser eingetragenen Wettbewerbsregeln überhaupt nicht auf dem Vereinbarungswege, sondern durch einseitige tatsächliche Massnahmen im Sinne des § 25 Abs. 1 oder durch Empfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 2 erfolgt. Stellen Vereinbarungen, die stärkste Form zur Durchsetzung von Wettbewerbsregeln, keine Wettbewerbsbeschränkungen dar, so ist es nicht gerechtfertigt, für tatsächliche Umgehungshandlungen, die nur den gleichen Erfolg herbeizuführen geeignet sind, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu gelangen. Der wirtschaftliche Erfolg ist der gleiche, wenn die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln mittels Vereinbarungen oder kraft tatsächlicher Massnahmen erfolgt.

II. Die Frage der Vereinbarkeit von Handelsbräuchen und allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den vertikalen Preisbindungs- und Preisempfehlungsverboten muss im gleichen Sinne wie bei den Wettbewerbsregeln beantwortet werden.

1) Handelsbrauch [2] ist die Verkehrssitte des Handels, sie enthält die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, ist jedoch kein Gewohnheitsrecht, sondern dient kraft Parteiwillens und kraft Gesetzes gem. § 346 HGB der Auslegung und Ergänzung bei den im Handelsverkehr unter Kaufleuten abgeschlossenen Geschäften [3]. So können z.B. auch Wettbewerbsregeln

---

1) Ebenso wie auch die §§ 1, 15 selbst auf Verträge mit wirtschaftlichen Bindungen zutreffen.

2) Vgl. Würdinger, in RGR-Komm. z. HGB, 2. Aufl., Berlin 1953, Allg. Einleitung, Anm. 2o ff.

3) Das Feststellen von Handelsbräuchen ist nicht Aufgabe privater Verbände. Ob Handelsbräuche vorliegen, muss durch Ermittlung der beteiligten Wirtschaftskreise festgestellt werden, vgl. BGH in WuW 1955, S. 118.

der Kenntlichmachung vorhandener Handelsbräuche dienen oder durch ständige Übung zu solchen werden. Handelsbräuche stellen an sich durch gleichartig geübte Praxis der Wirtschaftssubjekte noch keine Wettbewerbsbeschränkungen dar, wenn nicht ihr Inhalt gegen das GWB verstösst. Handelsbräuche können entweder durch Parteiwillen oder kraft Gesetzes Gegenstand vertikaler Preisbindungsverträge werden, ebenso können sie tatsächliche Bindungsmassnahmen und Empfehlungen beinhalten. Sie dürfen aber dann, um Rechtsgültigkeit zu erlangen, nicht mit zwingenden Verbotsvorschriften des GWB, so auch mit den §§ 15, 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 in Widerspruch stehen [1]. Soweit sich Handelsbräuche innerhalb der Grenzen zulässiger Wettbewerbsregeln halten, ist gegen ihre rechtliche Zulässigkeit nichts einzuwenden. Beeinträchtigen sie jedoch den Leistungswettbewerb durch Eingriffe in die Preisgestaltungsfreiheit der einzelnen Unterrehmen, so sind sie im selben Umfange unzulässig wie individuelle Verträge mit Preisbindungsklauseln und deshalb rechtlich ohne Wirkung. Derartige Handelsbräuche müssen damit ebenso wie Gewohnheitsrecht neuem zwingenden Gesetzesrecht weichen[2].

Werden wettbewerbsbeschränkende Handelsbräuche auf vertikaler Ebene vertraglich vereinbart und führt dies zu Preisbindungen nach § 15 GWB, so sind auch diese vertraglichen Vereinbarungen, soweit sie Preisbindungsklauseln betreffen, nichtig. Die Durchsetzung solcher Handelsbräuche im Wege der Umgehung durch tatsächliche Bindungsmassnahmen oder durch Empfehlungen, die ein gleichförmiges Verhalten bewirkt haben, ist nach §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 verboten.

---

1) Dies galt nicht nur für die Zeit des Dekartellierungsrechts; vgl. hierzu Benkendorff, Gerhard: Kartellrecht und Handelsbräuche, in WuW 1953, S. 666 ff.; Gleiss, Alfred: Handelsbräuche und Dekartellierungsrecht, in Betriebsberater 1951, S. 3oo. Für unbeschränkte Gültigkeit der Handelsbräuche gegenüber dem GWB ist Schwartz, in Gemeinschaftskomm., aaO, zu § 15, Anm.7

2) Vgl. Würdinger, in RGR-Komm. z. HGB, aaO.

Gehen wettbewerbsbeschränkende Handelsbräuche kraft Gesetzes gem. § 346 HGB in Handelsgeschäfte ein, so sind zwar die Vorschriften der §§ 15, 25 Abs. 1 nicht anwendbar, weil hier die Preisbindungsklausel weder durch vertragliche Vereinbarungen entstehen noch durch tatsächliche Massnahmen durchgesetzt werden. Gem. § 346 HGB gehen aber nur solche Handelsbräuche in die Verträge ein, die nicht wegen ihres wettbewerbsbeschränkenden Inhalts im Widerspruch zu Verbotsbestimmungen des GWB, mithin auch zu § 15 GWB, stehen. Solche verbotenen Handelsbräuche sind ohne rechtlichen Wirkungen, sie werden nicht Vertragsbestandteile, so dass eine Anwendung des § 15 auf die Einzelverträge auch nicht erforderlich ist.

2) Auch durch allgemeine Geschäftsbedingungen [1], die als allgemeine Vertragsnormen für abzuschliessende Individualverträge dienen und durch vertragliche Anerkennung zu deren Bestandteilen werden können, ist eine Gestaltung der Wettbewerbsverhältnisse im Widerspruch zu Verbotsbestimmungen des GWB nicht möglich [2]. Die Tatsache allein, dass ein Unternehmen seine Verträge mit Geschäftsbedingungen schliesst, stellt aber noch keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Verstossen hingegen Einzelbestimmungen dieser Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteile gegen die Preisbindungsverbote, so sind sie insoweit nichtig [3]. Die Durchsetzung dieser Geschäftsbedingungen durch tatsächliche Bindungsmassnahmen oder Empfehlungen ist ebenfalls gem. §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 verboten.

Im Ergebnis bleibt deshalb festzustellen, dass die Einhaltung von Wettbewerbsregeln, Handelsbräuchen und Geschäftsbedingungen auf vertraglichem oder ausservertrag-

---

1) Vgl. für das Dekartellierungsrecht Würdinger, Hans: Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen, in MDR 1952, S. 129 ff.; BGH in NJW 1953, S. 579.

2) Es sei denn, sie halten sich im Rahmen zulässiger Wettbewerbsregeln.

3) Über den Einfluss der Preisbindungsklausel auf den übrigen Vertrag vgl. S. 75 ff.

lichem Wege nur insoweit möglich ist, als sie nicht gegen die zwingenden Preisbindungs- und Empfehlungsverbote der §§ 15, 25, 38 verstösst.

§ 14 : Das Verhältnis der Preisbindungs- und Empfehlungsverbote zu anderen Vorschriften des GWB

Die Bestimmungen über die vertikalen Preisbindungs- und Empfehlungsverbote der §§ 15, 25 Abs. 1 und 38 Abs. 2 GWB können sowohl untereinander als auch im Verhältnis zu anderen Vorschriften des GWB konkurrieren. Es erscheint daher angezeigt, noch auf das Verhältnis der wesentlichen materiellrechtlichen Vorschriften des GWB zueinander einzugehen. Das Problem der Konkurrenz und Kollision mehrerer Vorschriften untereinander kann hierbei nur auftauchen, wenn die tatbestandsmässigen Voraussetzungen mehrerer Normen vorliegen.

I. Ein Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit bestimmter Unternehmen auf vertikaler Ebene zwecks Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise für Waren, kann nebeneinander auf Grund vertraglicher Vereinbarungen gem. § 15 und durch tatsächliche Bindungsmassnahmen bzw. Empfehlungen im Sinne der §§ 25, 38 Abs. 2 stattfinden. Während die vertraglichen vertikalen Preisbindungen nur von der Nichtigkeitsfolge des § 15 betroffen werden, bedeuten tatsächliche vertikale Preisbindungen bzw. Empfehlungen, wenn sie vorsätzlich der Einhaltung des nichtigen Vertrages dienen, ein Hinwegsetzen über § 15 und damit eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 1 [1]. Daneben beurteilen sich letztere unabhängig vom Vorliegen des § 38 Abs. 1 Nr. 1 selbständig nach §§ 25, 38 Abs. 1 Nr. 8 für tatsächliche Preisbindungen

---

1) Ein solches Hinwegsetzen über § 15 gem. § 38 Abs. 1 kann durch die Vertragsbeteiligten aber auch ohne zusätzliche tatsächliche Bindungen oder Empfehlungen verwirklicht werden.

und nach § 38 Abs. 2 für Preisempfehlungen. Die Konkurrenzen der Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 38 richten sich nach §§ 73 ff. StGB [1].

Auch vertikale tatsächliche Preisbindungen nach §§ 25, 38 Abs. 1 Nr. 8 und Preisempfehlungen nach § 38 Abs. 2 S. 2 können nebeneinander zur Einhaltung bestimmter Wiederverkaufspreise durch die Abnehmer verwirklicht werden. Hierbei sind aber folgende Fälle zu unterscheiden: Beziehen sich Empfehlung und Bindung, nebeneinander durchgeführt, auf dasselbe Objekt (Adressaten und Waren) und werden sie im gleichen Zeitraum angewendet, dann schliesst der qualifizierte Tatbestand der Preisbindung die Preisempfehlung aus. Beide stehen in einem maius - minor - Verhältnis. Ist das Objekt aber verschieden (für bestimmte Waren oder Adressaten wird die Empfehlung, für andere die Bindung durchgeführt), dann können Empfehlung und Bindung nebeneinander stehen. Ebenso ist es möglich, dass die Hersteller zunächst mit der Empfehlung arbeiten und dann in einem späteren Zeitraum zur Preisbindung schreiten oder umgekehrt, so dass beide Tatbestände verwirklicht werden. Wird die Bindung von einer Empfehlung abgelöst, so ist insbesondere zu prüfen, ob der Umgehungserfolg auch wirklich von der Empfehlung und nicht von der früheren Bindung herrührt.

II. Das Verhältnis der Vorschriften der §§ 15, 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 über die vertikalen Preisbindungen und Empfehlungen zu den anderen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gliedert sich in zwei Gruppen: nämlich in mögliche Kollisionen zu vertikalen Absatz- und Bezugsbindungen nach § 18 und vertikalen Verträgen über den Erwerb und die Benutzung von Patenten, Gebrauchsmustern und Sortenschutzrechten gem. §§ 2o, 21.

1) Der Schriftliche Bericht [2] hält Überschneidungen

---

1) Mayer-Wegelin, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 38, Anm. 9.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu §§ 1o und 13.

der Anwendungsbereiche der Vorschriften über vertikale Preisbindungen und Absatz- bzw. Bezugsbeschränkungen für wenig erheblich. Während § 15 der Gewährleistung der Preisbildungsfreiheit dient, bezweckt § 18 die Sicherung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in anderen als dem Preisbereich. Trotzdem können Verträge bzw. tatsächliche Massnahmen sowohl die Preisbindungs- bzw. Empfehlungsverbote als auch den Missbrauchstatbestand des § 18 erfüllen, wenn die Preisbindungen mit Absatzbindungen einhergehen. Es kommen dann beide Vorschriften zur Anwendung. Abgesehen von den Verboten über vertikale Preisbindungen kann die Kartellbehörde gem. § 18 diese Verträge auch insoweit für unwirksam erklären, als sie Absatz- und Bezugsbindungen enthalten [1].

2) Die Vorschriften über gewerbliche Schutzrechte nach §§ 2o ff. stellen hingegen im Verhältnis zu den Bestimmungen über vertikale Preisbindungen [2] leges speciales dar, weil sie sich mit dem gesamten Inhalt dieser Verträge einschliesslich der Preise befassen. Soweit bestimmte Rechtsbeziehungen in §§ 2o f. jedoch nicht geregelt sind und deshalb die Anwendung dieser Vorschriften entfällt, sind die Voraussetzungen der Bestimmungen über vertikale Preisbindungen aber wieder zu prüfen, weil Verträge über den Erwerb und die Benutzung von Patenten, Gebrauchsmustern und Sortenschutzrechten als " Verträge über gewerbliche Leistungen " im Sinne § 15 aufgefasst werden müssen.

III. Bei den heterogenen vertikalen Preisbindungen [3] treten die Kartellbestimmungen der §§ 1 ff. in Konkurrenz zu den Verboten über vertikale Preisbindungen und Empfehlungen. Die Frage, in welchem Verhältnis die Vorschriften

---

1) Treffen vertikale Bindungen im Sinne § 18 mit zulässigen Markenwarenpreisbindungen zusammen, so kann sich hieraus ein Missbrauchstatbestand gem. § 17 ergeben, vgl. S. 238.

2) Vgl. auch Lieberknecht: Patente, Lizenzen ..., aaO, S. 315.

3) Vgl. S. 11.

der §§ 1 ff. zu §§ 15 ff. stehen, kann nur aus dem Geltungsbereich und Zweck dieser Vorschriften beantwortet werden. Die Kartellbestimmungen setzen ein Zusammenwirken der Beteiligten zu einem gemeinsamen Zweck voraus, wobei die Beteiligten gleichen oder verschiedenen Wirtschaftsstufen angehören können. Dieser gemeinsame Zweck kann z.B. auch in einer bestimmten Gestaltung der Preise gegenüber Dritten zu finden sein. Demgegenüber haben die Vorschriften über vertikale Preisbindungen immer nur zweiseitige Austauschverhältnisse zwischen Angehörigen verschiedener Wirtschaftsstufen zum Gegenstand, ohne dass die Eingriffe in die Preisgestaltungsfreiheit eines Vertragsbeteiligten auf einem gemeinsamen Zweck der Vertragspartner beruhen. Die §§ 1 ff. stellen demnach leges speciales zu § 15 ff. dar. Letztere kommen nur zur Prüfung und Anwendung, wenn die engeren tatbestandsmässigen Voraussetzungen der §§ 1 ff. nicht vorliegen. Sind Verträge nach § 1 unwirksam oder gem. §§ 2 ff. erlaubt, so kann sich ihre Zulässigkeit nicht mehr nach § 15 bestimmen [1]. Auch eine Umgehung durch tatsächliche Massnahmen oder Empfehlungen kann nur hinsichtlich des Kartellverbots erfolgen. Hingegen kommen §§ 15 ff. bei den Drittverträgen, welche die Kartellbeteiligten mit den einzelnen Abnehmern durch individuelle Austauschverträge ohne gemeinsamen Zweck schliessen, soweit sie eine Preisbindung in vertikaler Richtung enthalten, zur Anwendung [2].

---

1) Vereinbarungen zwischen Markenwarenherstellern und einem Zusammenschluss von Unternehmen der Handelsstufe - oder umgekehrt - über die Höhe einzuhaltender Wiederverkaufspreise sind zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen und unterliegen ausschliesslich §§ 1 ff. Ebenso liegt es, wenn die vertikalen Preisbindungen von mehreren preisbindenden Unternehmen gemeinsam durchgeführt werden, auch von einer gemeinsamen dritten Stelle (Notar oder Treuhand).

2) Das Gesamtumsatzrabattverfahren führt z.B. auf horizontaler Ebene zur übereinstimmenden Handhabung der Rabattsätze der Hersteller, so dass insoweit §§ 1 ff. anzuwenden sind, während gleichzeitig jeder Hersteller mit seinen Abnehmern vertikale Bindungen durchführt.

IV. Über das Verhältnis der Vorschriften über marktbeherrschende Unternehmen gem. § 22 zu den vertikalen Preisbindungsvorschriften gilt das gleiche wie bei den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen des § 18: beide Vorschriften kommen nebeneinander zur Anwendung. Preisbindende Unternehmen können zugleich marktbeherrschende Unternehmen darstellen und unterliegen dann beiden Arten von Vorschriften. Erlaubte vertikale Markenwarenpreisbindungen, die von marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des § 22 durchgeführt werden, können aber Missbrauchstatbestände der §§ 22 Abs. 4 und 17 Abs. 1 GWB darstellen.

V. Nach der Frage der Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen und Empfehlungen interessiert als weitere Rechtsfolge insbesondere die Entstehung von etwaigen Schadensersatzverpflichtungen. Nach § 35 ist derjenige, der schuldhaft gegen eine Vorschrift des GWB oder gegen eine auf Grund dieses Gesetzes von der Kartellbehörde oder dem Beschwerdegericht erlassene Verfügung verstösst, zum Schadensersatz verpflichtet, sofern die Vorschrift oder die Verfügung den Schutz eines anderen bezweckt. Ansprüche aus § 35 sind solche aus unerlaubter Handlung, so dass die Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB gegeben ist [1]. Ein Verstoss im Sinne des § 35 kann hierbei sowohl in Verletzungen von Bestimmungen liegen, die eine Nichtigkeitsfolge aussprechen, als auch in solchen, die ein Zuwiderhandeln gegen gesetzliche Ver- und Gebote untersagen.

Die Vorschrift des § 35 lässt offen, welche Bestimmungen im einzelnen den " Schutz anderer ", mithin nach Inhalt und Zweck den Schutz des Einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises, nicht jedoch der Allgemeinheit bezwecken [2]. Die Frage, ob und inwieweit verti-

---

1) Vgl. Begründung, aaO, zu § 28; Langen, Komm., aaO, zu § 35, Anm. II; Rasch, Komm., aaO, zu § 35.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 28; wobei die Aufzählung dort, darunter auch § 25, nur beispielhaft gedacht ist und nicht vollständig sein kann.

kale Preisbindungs- und Empfehlungsverbote Bestimmungen im Sinne des § 35 darstellen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erschöpfend behandelt werden. Massgebend für die Beantwortung dieser Frage muss jedoch der Inhalt und Zweck der einzelnen Verbotsbestimmungen sein. Die vertikalen Preisbindungs- und Empfehlungsverbote sollen einmal die individuelle Wettbewerbs- und Preisgestaltungsfreiheit der an der Preisbindung Beteiligten schützen und zum anderen die Institution des freien Wettbewerbs und der freien Preisbildung als gesamtwirtschaftliche Notwendigkeit aufrechterhalten. Für diejenigen Personen, die durch vertikale Preisbindungsverbote in ihrer individuellen Preisgestaltungsfreiheit geschützt werden sollen, sind damit die §§ 15, 25 Schutzvorschriften im Sinne des § 35. Einen solchen Schutz der individuellen Preisgestaltungsfreiheit bezweckt das Gesetz jedoch nur für die unmittelbar an einer nach § 15 nichtigen Preisbindungsklausel oder einer gem. § 25 verbotenen Preisbindungsmassnahme Beteiligten. Nur in ihre persönliche Entschliessungsfreiheit wird durch Verträge oder tatsächliche Massnahmen eingegriffen. Hingegen kann aus dem Schutz der Institution des freien Wettbewerbs als Ganzes, die der Allgemeinheit dient, kein Schutz für einen bestimmten Personenkreis im Sinne des § 35 hergeleitet werden, wenn auch viele Wirtschaftssubjekte mittelbar wirtschaftlich dadurch betroffen sein mögen.

Vertikal preisgebundene Unternehmen nach §§ 15, 25 sind deshalb Anspruchsberechtigte [1], wenn sie einen Schaden nachweisen, der auf die Verletzung dieser Verbotsvorschriften zurückzuführen ist [2]. Bei vertraglichen Preisbindungen wird jedoch noch nicht der Abschluss des Vertrages, sondern erst seine Realisierung

---

1) §§ 309, 307, 308 BGB finden keine Anwendung, da § 35 GWB keine vertraglichen Ansprüche regelt.

2) Hierbei ist aber § 254 BGB anwendbar. Auf die Ansprüche kann der Berechtigte verzichten.

im Sinne § 38 Abs. 1 S. 1 eine Schadensersatzpflicht begründen können [1]. Das preisbindende Unternehmen kann hingegen aus der Nichteinhaltung von Preisbindungen keine Schadensersatzansprüche herleiten, weil dadurch der vom Gesetz verbotene Erfolg im Wege des Schadensersatzanspruches herbeigeführt würde [2]. Mehrere Empfehlende, die im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 1 zur Begehung einer Ordnungswidrigkeit gem. § 38 Abs. 1 Nr. 1 und 8 mitgewirkt haben, haften gem. § 830 BGB gegenüber den preisgebundenen Unternehmen.

Hingegen begründen Verstösse gegen das vertikale Preisempfehlungsverbot gem. § 38 Abs. 2 S. 2 allein noch keine Schadensersatzansprüche der Empfehlungsadressaten, weil durch die Empfehlungen keine Beeinträchtigung der individuellen Preisgestaltungsfreiheit im Sinne der §§ 15, 25 Abs. 1 hervorgerufen wird [3]. Das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 dient vielmehr der Verhütung eines den Preisbindungsverboten gleichartigen wettbewerbsbeschränkenden Erfolges durch gleichförmiges Verhalten der Adressaten. Es bezweckt damit die Aufrechterhaltung der freien Wettbewerbspreisbildung als Institution im Allgemeininteresse. Die Tatsache, dass das Empfehlungsverbot den Adressaten und auch dritten Unternehmen nützen kann, begründet allein noch keine Schutzvorschrift im Sinne § 35. Eine auf Grund des Empfehlungsverbotes erlassene Verfügung der Kartellbehörde kann sich jedoch im Einzelfall auf den Schutz eines konkreten Personenkreises beziehen.

Auch dritte Unternehmen [4] oder Endverbraucher, die

---

1) Es kann z.B. ein Anmeldeverfahren nach § 16 laufen.

2) Vgl. Denecke, in RGR-Komm. z. BGB, aaO, zu § 134, Anm. 1

3) Wenn man jedoch im Sinne der Auffassung des BGH (WuW 1958, S. 783 ff.) auch bei Preisempfehlungen eine faktische Bindung im Sinne § 15 erblickt, so gehören auch die Empfehlungsadressaten nach § 38 Abs. 2 zum geschützten Personenkreis des § 35 GWB.

4) Vgl. S. 81 ff.über die Rechtsgültigkeit von Drittverträgen; Benisch, in Gemeinschaftskomm., aaO, zu § 35, Anm. 5 bezeichnet §§ 15, 25 allgemein als Schutzvorschriften, ohne näher darauf einzugehen, in welchem Umfange.

selbst nicht unmittelbar an vertikalen Preisbindungen oder Empfehlungen beteiligt sind, gehören nicht zum nach § 35 geschützten Personenkreis. Ihre individuelle Preisgestaltungsfreiheit ist nicht unmittelbar Gegenstand des Verbots der §§ 15, 25, 38 Abs. 2. Wohl wirken sich diese Verbote über den Markt auch auf die Preisgestaltung dritter Unternehmen und letztlich auf die Endverbraucher in ihrer Gesamtheit aus. Die vom Gesetzgeber auf Grund seiner wirtschaftspolitischen Konzeption erstrebten vorteilhaften wirtschaftlichen Auswirkungen für die einzelnen Wirtschaftssubjekte in der Gesamtwirtschaft begründen aber noch keinen individuellen Schutz im Sinne des § 35. Die Einbeziehung dieses unbestimmten, nur mittelbar betroffenen Personenkreises in den Kreis der Ersatzberechtigten im Sinne von § 35 würde eine Ausdehnung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen bedeuten, die bisher ausschliesslich für mittelbar Geschädigte in den §§ 844, 845 BGB gegeben ist. Neben den rechtlichen Bedenken, die gegen die Ausdehnung des § 35 auf dritte Unternehmen bestehen, sind auch die wirtschaftlichen Folgen nicht zu billigen [1].

Der BGH sieht in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit von Preisempfehlungen [2] in § 15 zusätzlich eine Schutzvorschrift zu Gunsten der Mitbewerber der unzulässiger Weise preisbindenden oder preisempfehlenden Unternehmen im Sinne des § 35 [3], und zwar mit der Begründung, das Gesetz gestatte vertikale Preisbindungen nur denjenigen Unternehmen, die gem. § 16 ihre Markenwarenpreisbindungen unter Offenlegung ihrer Preispolitik anmelden und sich damit der Aufsicht des Bundeskartellamtes nach § 17 unterwerfen. Sowohl diese gem. § 16

---

1) Vgl. S.81 ff.über die Rechtsgültigkeit von Drittverträgen, bei denen sich dieselbe Problematik stellt.

2) in WuW 1958, S. 783 ff., 791.

3) Er bejaht demzufolge einen Unterlassungsanspruch der Mitbewerber gegen das unzulässig preisbindende Unternehmen neben §§ 1, 13 UWG auch aus §§ 15, 35 GWB.

preisbindenden Unternehmen wie auch Unternehmen, die keine Preisbindungen vereinbaren, können eine dem Gesetz zuwiderlaufende Schädigung dadurch erleiden, wenn dritte Unternehmen für gleichartige Waren entgegen dem Gesetz nicht angemeldete Preisbindungen vornehmen oder im Ergebnis preisbindungsähnliche Empfehlungen aussprechen und sich damit die wirtschaftlichen Vorteile einer Bindung in unzulässiger Weise sichern. Diese Ansicht des BGH begegnet erheblichen Bedenken.

Aus der Stellung innerhalb des Systemaufbaues des Gesetzes, aus dem Wortlaut und vor allem aus der Entstehungsgeschichte [1] des Gesetzes ergibt sich, dass die Vorschrift des § 15 nicht dem Schutz des individuellen freien Wettbewerbs auf der horizontalen Ebene zwischen dem preisbindenden Unternehmen und seinen Mitbewerbern dient, sondern allein die individuelle Wettbewerbsfreiheit der Abnehmer des preisbindenden Unternehmens in vertikaler Richtung sichern will. Das Gesetz hat die vertikalen Wettbewerbsbeziehungen zwischen Vertragsbeteiligten individueller Austauschverträge in einem besonderen Abschnitt " sonstiger Verträge " geregelt [2]. Es stellt damit heraus, dass §§ 15 ff. ihre eigenständige Bedeutung gegenüber den horizontalen Wettbewerbsbeziehungen des preisbindenden Unternehmens haben. Für letztere Beziehungen finden ausschliesslich die Kartellbestimmungen und die über marktbeherrschende Unternehmen Anwendung. Auch der Wortlaut des § 15 spricht nur von den vertikalen Individualverträgen und verbietet ausschliesslich Beschränkungen in der Freiheit der Gestaltung der Preise und Geschäftsbedingungen der in vertikaler Richtung Vertragsbeteiligten . Bereits aus diesen Erwägungen kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber mit den §§ 15 ff. nur die vertikalen Wettbewerbsbeziehungen schützen wollte, einen Schutz der Mitbewerber des preisbindenden Unternehmens jedoch nicht im Auge hatte. Vor

---

1) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1o, S. 29.
2) Vgl. S.61 ff.

allem aus der massgebenden Begründung [1] ergibt sich aber eindeutig, dass §§ 15 ff. ihrem Inhalt nach ausschliesslich die vertikalen Bindungen zum Gegenstand haben und den individuellen Schutz der Abnehmer bezwekken [2]. Auch aus § 16 kann nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. § 16 ist keine selbständige Schutzvorschrift im Sinne § 35, sie ist nur eine Ausnahmevorschrift vom vertikalen Preisbindungsverbot, die unter bestimmten Voraussetzungen vertikale Preisbindungen von diesem Verbot freistellt. Die Voraussetzung des § 16, die einen horizontalen Preiswettbewerb in gleichartigen Waren fordert, ist nicht zu Gunsten der Mitbewerber des preisbindenden Unternehmens eingefügt, sondern aus gesamtwirtschaftlichen Interessen zur Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs als Institution [3]. Für eine Begrenzung des rechtlichen Schutzbereichs des § 15 auf die gebundenen Abnehmer spricht schliesslich auch die Vorschrift des § 17 Abs. 1: sie billigt nur den nach § 16 gebundenen Abnehmern, nicht jedoch den Mitbewerbern des preisbindenden Unternehmens ein Antragsrecht zu, angemeldete Preisbindungen für unwirksam erklären zu lassen.

Mitbewerber fallen damit nicht unter den durch die unzulässige vertikale Preisbindung nach § 15 betroffenen und geschützten Personenkreis; sie gehören vielmehr zu denjenigen Wirtschaftssubjekten, denen durch die Verletzung des freien Wettbewerbs wirtschaftliche Nachteile entstehen können [4]. Auf diesen Personenkreis wollte aber der Gesetzgeber ersichtlich den unmittelbaren Schutz des § 15 nicht ausdehnen, so dass auch ein rechtlicher Schutz im Sinne des § 35 nicht stattfinden kann.

---

1) AaO, zu § 1o.

2) Vgl. auch Benisch, Zur Rechtslage ... , aaO, S. 13.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

4) unbeschadet etwaiger Ansprüche aus dem UWG. Vgl. hierzu Fikentscher: Die Preisunterbietung ... , in Betriebsberater 1958, S. 2o8.

5. Kapitel: Die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen bei Markenwaren

§ 15 : Die Bedeutung und volkswirtschaftliche Problematik der Ausnahmebestimmung des § 16 GWB

Der § 16 erklärt als Ausnahmebestimmung von § 15 vertikale Preisbindungen von Unternehmen für eigene Markenwaren und Verlagserzeugnisse [1] für rechtsgültig, wenn bestimmte formelle und materielle Erfordernisse, die noch näherer Erörterung bedürfen, erfüllt sind.

Obwohl in rechtlicher Hinsicht § 16 nur als Ausnahmebestimmung vom grundsätzlichen Verbot vertikaler Preisbindungen gedacht ist, kann der Markenwarensektor der Wirtschaft als hauptsächliches Anwendungsgebiet vertikaler Preisbindungen bezeichnet werden [2]. Markenwaren finden sich fast unter sämtlichen Gegenständen des täglichen Bedarfs [3], wobei, wie aus statistischen Erhebungen bei Röper [4] und Mellerowicz [5] hervorgeht, ihr Marktanteil im Verhältnis zu gleichartigen anonymen Waren oftmals überwiegt [6] und wiederum zum grösseren Teil vertikal preisgebunden ist. Soweit die Markenwaren nicht preisgebunden sind, werden sie nahezu sämtlich - meist im Wege der vertikalen Preisempfehlung - nach Bruttopreislisten zu tatsächlich festen Preisen

---

1) Die Verlagserzeugnisse bleiben wegen ihrer eigenständigen Bedeutung im Rahmen dieser Arbeit ausser Betracht.

2) Trotz der Zusammengehörigkeit von vertikaler Preisbindung und Markenware kann die Preisbindung nicht als Wesensbestandteil der Markenware angesehen werden: vgl. Hoppmann, aaO, S. 12.

3) Vgl. z.B. § 1 Nr. 1 der Verordnung über Preisbindungen für Markenwaren vom 16.1.1931 i.V.m. der Bekanntmachung vom gleichen Tage (RGBl I, 1931, S. 13 ff.), so auch Lebensmittel und technische Artikel der Optik, Feinmechanik usw.

4) Vgl. Röper, aaO, S. 73 ff.

5) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 13 ff.

6) Über 5o % bis nahezu 1oo %.

verkauft, da der Hersteller, der mit seiner Markenware unmittelbar dem Verbraucher gegenüber in Erscheinung tritt und für die Qualität die Verantwortung übernimmt, durchweg dann auch den Preis bestimmen will [1].

Ihrer wirtschaftlichen Bedeutung entsprechend ist die Frage der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen für Markenwaren Gegenstand wirtschaftswissenschaftlicher und kartellrechtlicher Diskussionen gewesen. Zwar steht wohl ausser Frage, dass vertikale Preisbindungen für Markenwaren wie alle anderen Preisbindungen eine Beschränkung der individuellen Preisgestaltungsfreiheit der preisgebundenen Abnehmer herbeiführen. Umstritten ist jedoch [2], ob durch Markenwarenpreisbindungen auch die Institution des Leistungswettbewerbs im volkswirtschaftlichen Sinne [3] beeinträchtigt und damit eine Leistungssteigerung und optimale Güterversorgung für die Verbraucher gemindert oder beseitigt werden kann. Als hauptsächliche Argumente gegen die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen bei Markenwaren werden angeführt, dass der Preiswettbewerb auf der Händlerstufe ausgeschaltet und damit auch der Preisautomatismus in der Marktwirtschaft lahmgelegt werde, die Nebenformen des Wettbewerbs könnten aber die Preisfunktionen nicht ersetzen; durch die gebundenen Handelsspannen seien die Händler nicht mehr gezwungen, ihre Kosten zu senken und ihre Rationalisierungsgewinne an die Verbraucher weiterzugeben, vielmehr würde die Preisbindung zu einer Übersetzung des Handels führen, da die Kosten

---

1) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 7.

2) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 11o ff.; Röper, aaO, S. 187 ff.; Gabriel, aaO, S. 683 ff.; Oppenheim, aaO, S. 452 ff.; Gutenberg, Erich: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Zweiter Band, Der Absatz, Berlin-Göttingen, Heidelberg 1955, S. 3o2 ff., 326 ff.; Meyer, Fritz W.: Warum feste Preise für Markenartikel?, in ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 6. Band, Düsseldorf und München 1954, S. 133 ff.; Die vertikale Preisbindung auf der Internationalen Studientagung 1958 der Duttweiler-Stiftung, in WuW 1958, S. 538.

3) Vgl. S. 7 ff.

des auch am wenigsten leistungsfähigen Betriebes gedeckt werden müssen, wodurch wirtschaftliche Fehlleitungen und Rückständigkeit im Handel bewirkt würden; durch erhöhten Nebenwettbewerb, insbesondere Werbung, erfolge eine weitere Kostenerhöhung; schliesslich lasse sich mit Hilfe der vertikalen Preisbindung auch der Herstellerwettbewerb einschränken, zumal die Markenbindung zu einer monopolartigen Stellung führen könne [1].

Demgegenüber vertreten die Befürworter [2] der Markenwarenpreisbindungen den Standpunkt, dass eine Störung der Ordnung der Marktwirtschaft, insbesondere des Preismechanismus nicht eintrete; sie weisen vor allem darauf hin, dass auf der Herstellerebene ein lebhafter Wettbewerb der verschiedenen Markenwaren und anonymen Waren mit freier Marktpreisbildung herrsche, auf der Händlerebene nur der Preiswettbewerb, nicht jedoch die übrigen Wettbewerbsfaktoren ausgeschaltet seien; die Markenbindung führe nur zu einer im Wirtschaftsleben üblichen Konkurrenz unter gleichartigen Gütern, jedoch nicht zu einer Monopolbildung; schliesslich seien die gebundenen Handelsspannen zumindest langfristig nicht höher als die freien Spannen; als besonderer Vorteil erscheine aber der Schutz des good will der Markenware, der allein in der Lage sei, die individuellen Käuferwünsche zu befriedigen, der Konzentrationstendenz der Wirtschaft entgegenzuwirken und den gewerblichen Mittelstand gegenüber Warenhäusern und Filialbetrieben zu schützen.

Aus diesen Argumenten erhellt, dass in Wirklichkeit die Frage der volkswirtschaftlichen Nützlichkeit vertikaler Preisbindungen bei Markenwaren ein vielschichtiges und komplexes Problem ist, das durch eine generalisie-

---

1) Vgl. hierzu Miksch, aaO, S. 158 ff.; Hoppmann, aaO, S. 58 ff.; Oppenheim, aaO.

2) Vgl. insbesondere Mellerowicz, aaO ; Röper, aaO; Gabriel, aaO, sowie Gleiss, Alfred: Kartelle und Monopole, England als Beispiel, Heidelberg 1952, S. 62 ff.

rende Theorie der vertikalen Preisbindung allein nicht zu lösen ist. Die Einführung oder Beseitigung von Markenwarenpreisbindungen hat je nach den Marktverhältnissen und den daran interessierten Wirtschaftsstufen der einzelnen Branchen nicht immer die gleichen wirtschaftlichen Folgen auf das Preisgefüge.[1] Die Beurteilung der Markenwarenpreisbindungen verlässt hierbei den Boden rein ökonomischer Betrachtung und stellt die Frage der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen für Markenwaren mit Recht in den grösseren sozialen und gesellschaftlichen Sinnzusammenhang der heutigen sozialen Marktwirtschaft.

Damit erwächst dem Gesetzgeber die Aufgabe, nicht nur zu entscheiden, ob die vertikalen Preisbindungen auf Grund ökonomischer Erwägungen mit der Wirtschaftsordnung einer Marktwirtschaft vereinbar sind, sondern darüber hinaus mit der Gesellschafts- und Sozialordnung im Einklang stehen [2].

Der Gesetzgeber hat sich in § 16 für eine Einschränkung der individuellen Wettbewerbsfreiheit zu Gunsten gesamtwirtschaftlicher Interessen an der Erhaltung vertikaler Preisbindungen für Markenwaren entschieden [3]. Diese als tragbar bezeichnete Lösung des Problems der Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien einer freien Wettbewerbsordnung ist zwar während der Beratungen im Bundestag und in dessen wirtschaftspolitischem Ausschuss Bedenken

---

1) Auch die bisher vereinzelt, insbesondere in den angelsächsischen Ländern durchgeführten empirisch-statistischen Untersuchungen können noch keine endgültigen Ergebnisse liefern: vgl. Gabriel, aaO, S. 683 ff.; Gleiss, aaO, S. 62 ff.; Oppenheim, aaO; Fikentscher: Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 - 1954, in WuW 1955, S. 205 ff.

2) Ein näheres Eingehen auf die wirtschaftliche und soziale Problematik der Markenwarenpreisbindungen und ihrer Lösungsmöglichkeiten kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11; Begründung, aaO, zu § 11 und Lehnich: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, aaO, S. 27 ff.

begegnet; es wird jedoch vom Gesetzgeber abgewartet werden, zu welchen wirtschaftlichen Auswirkungen die getroffene Regelung in der Zukunft führt. Unter bestimmten Voraussetzungen ist jedoch den Kartellbehörden schon jetzt gem. § 17 GWB die Möglichkeit gegeben, vertikale Preisbindungen für Markenwaren für unwirksam zu erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Preisbindungen zu verbieten.

§ 16 : Die rechtliche Bestimmung des Begriffes der Markenware im Sinne § 16 GWB.

Die Freistellung vom vertikalen Preisbindungsverbot setzt gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 eigene Markenwaren des preisbindenden Unternehmens voraus.

I. Markenwaren sind nach § 16 Abs. 2 Erzeugnisse, deren Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte von dem preisbindenden Unternehmen gewährleistet wird und die selbst oder deren für die Abgabe an den Verbraucher bestimmte Umhüllung oder Ausstattung oder deren Behältnisse, aus denen sie verkauft werden, mit einem ihre Herkunft kennzeichnenden Merkmal (Firmen-, Wort- oder Bildzeichen) versehen sind. Dieser vom GWB aufgestellte Begriff unterscheidet sich von der Legaldefinition der Markenwarenverordnung von 1931 [1] durch seine engere Fassung, die aus der unterschiedlichen Zielsetzung zu erklären ist [2]. Während nach der Markenwarenverordnung als Markenwaren noch alle Erzeugnisse erfasst wurden, deren Umhüllung, Ausstattung oder Behälter, aus denen sie verkauft wurden, mit einem

---

1) Vgl. S. 36.

2) Die Markenwarenverordnung von 1931 hatte die Preissenkung bei Markenwaren zum Ziel und versuchte deshalb den Begriff möglichst weit auszudehnen. Demgegenüber beinhaltet § 16 eine Ausnahmevorschrift zu Gunsten der Markenwaren.

Herkunftsmerkmal versehen waren, fordert § 16 zusätzlich die " Gewährleistung gleichbleibender oder verbesserter Güte ". Den noch engeren volkswirtschaftlichen Begriff des Markenartikels, der noch weitere Merkmale aufweist, hat sich die gesetzliche Fassung des § 16 jedoch nicht zu eigen gemacht, obwohl noch die Begründung neben einer gleichbleibenden Qualität von einer durch längere Werbung entstandenen Verkehrsgeltung sprach.[1] Der volkswirtschaftliche Begriff beschränkt sich auf Fertigwaren und setzt einen grösseren Absatzraum sowie insbesondere eine beim Verbraucher durch Werbung entstandene Verkehrsgeltung voraus [2].

1) Erzeugnisse im Sinne des Markenwarenbegriffs nach § 16 Abs. 2 sind alle Waren, die von einer vertikalen Preisbindung nach § 15 erfasst werden, mithin alle Gegenstände, die Objekt des Handelsverkehrs sein können. Diese ausdehnende Auslegung des Begriffes " Erzeugnis " [3] ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 16: sie soll alle jenen Waren im Sinne von § 15 vom vertikalen Preisbindungsverbot freistellen, die sich durch eine Marke und der damit verbundenen Qualitätsgarantie auszeichnen [4]. Damit können nicht nur Fertigerzeugnisse, sondern auch Rohstoffe, Waren der Urproduktion wie Kohle sowie Halbfertigfabrikate für die Markenware geeignet sein, wenn sie die weiteren Voraussetzungen erfüllen. Hingegen fallen gewerbliche Leistungen nicht unter die Ausnahmebestimmung des § 16. Sie können weder in extensiver Auslegung als Erzeugnisse angesehen werden, noch kann auf sie § 16 analog angewendet werden. Zwar mögen wirtschaftliche Gründe im Einzelfall für eine Anwendung des § 16 sprechen [5].

---

1) Vgl. Begründung, aaO, zu § 11.

2) Vgl. Kellerowicz, aaO, S. 7. Auf diesen Begriff stützen sich auch die Befürworter der Zulässigkeit vertikaler Markenpreisbindungen.

3) Vgl. S. [illegible]. Der Begriff in § 90 BGB ist nicht anwendbar.

4) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

5) Vgl. Ley, Rolf: Die Preisbindung für Inspektionen in der Automobilindustrie, in: Der Betrieb 1955, S. 594 ff.

Der klare gesetzliche Wortlaut des § 16, der im Gegensatz zu § 15 gewerbliche Leistungen ausdrücklich ausnimmt, spricht aber gegen eine solche Anwendung. Aus der Entstehungsgeschichte des § 16 ergeben sich auch keinerlei Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber auch gewerbliche Leistungen in diese Regelung einschliessen wollte. Andernfalls hätte er dies in § 16 erwähnen können.

2) Die Erzeugnisse müssen mit einer Marke versehen sein, d.h. mit einem ihre Herkunft kennzeichnenden Merkmal. Erforderlich ist, dass ein unbeteiligter Dritter als Verbraucher, nicht blos ein Fachmann der betreffenden Branche, nach der objektiven Verkehrsauffassung erkennen kann, von welchem individuellen Unternehmen das betreffende Erzeugnis kommt und in der Lage ist, das Erzeugnis von gleichartigen Waren desselben oder anderer Unternehmen zu unterscheiden. Das die Herkunft bezeichnende Merkmal kann in einem Firmen-, Wort- oder Bildzeichen bestehen, das auf die Ware hinweist, es kann selbst auf der für die Verbraucher [1] bestimmten Umhüllung, Ausstattung oder dem Behältnis, aus dem es verkauft wird, angebracht sein. Immer muss aber die Herkunft und die Unterscheidbarkeit gewährleistet sein. Blosse Güte-, Frei- und Verbandszeichen, geographische oder zahlenmässige Benennungen weisen weder auf das individuelle Unternehmen hin, von dem sie herrühren, noch tragen sie zur Unterscheidung von gleichartigen Waren bei, so dass sie nicht als Marke im Sinne des § 16 Abs. 2 angesehen werden können.[2] Aus den gleichen Gründen sind die gem. § 4 Abs. 2 Warenzeichengesetz von der Eintragung als Warenzeichen ausgeschlossenen Zeichen nicht geeignet, die Markenwareneigenschaft zu begründen. Die Eintragung eines Warenzeichens ist weder erforderlich noch in jedem Falle ausreichend für eine Markierung im Sinne des § 16 Abs. 2, wenn sie

---

1) nicht für den Zwischenhandel.

2) Vgl. Rasch, Komm., aaO, zu § 16, Anm. 4.

auch im Regelfall eine genügende Bezeichnung der Herkunft und Unterscheidbarkeit herstellen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes und auf Grund der Auslegung des Begriffes des Erzeugnisses kann die Markierung der Waren sowohl von Herstellern und Verarbeitern einer Ware als auch vom Handel ausgehen. Die Begründung [1] ergibt, dass neben Fabrikmarken auch Handelsmarken von § 16 erfasst werden, wenn auch bei der Entstehung des Gesetzes der Bundesrat [2] die Markenwaren auf Hersteller und Verarbeiter begrenzt sehen wollte. Eine solche Beschränkung ist aber in die endgültige Fassung des Gesetzes nicht übernommen worden. Allerdings muss sich auch die Marke des Handels auf eine bestimmte Ware beziehen, eindeutig die Herkunft von einem bestimmten Handelsunternehmen aufweisen und vor allem eine klare Unterscheidung von den anderen vertriebenen Waren des Unternehmens ermöglichen [3]; ausserdem ist bei Handelsmarken besonders auf die Gewährleistung gleichbleibender Güte zu achten.

3) Die wohl wichtigste Voraussetzung der Markenware ist die Gewährleistung gleichbleibender oder verbesserter Güte durch das preisbindende Unternehmen. Die Gewährleistung ist nicht im Sinne einer rechtlichen Gewährleistungspflicht des preisbindenden Unternehmens nach §§ 459 ff. BGB gegenüber den vertraglichen Abnehmern zu verstehen. Zwar spricht der Schriftliche Bericht [4] von einer rechtlichen Gewährleistungspflicht. Durch diese misszuverstehende Ausdrucksweise sollte jedoch ersichtlich nur die Rechtserheblichkeit dieser Gewährleistung im Rahmen des § 16 hervorgehoben und auf die rechtlichen Folgen bei ihrer Nichteinhaltung hingewiesen werden. Sinn und Zweck der Gewährleistung ist einmal der

---

1) AaO, zu § 11.

2) Änderungsvorschläge des Bundesrats, aaO, S. 664 ff.

3) Es ist nicht zulässig, wenn Händler unter ein- und derselben Marke Waren verschiedner Qualität oder Hersteller vertreiben.

4) AaO, zu § 11.

Schutz des Verbrauchers vor Qualitätsverschlechterungen bei gleichbleibenden gebundenen Preisen und zum anderen die Sicherung derjenigen volkswirtschaftlich günstigen Eigenschaften der Markenware, die zur Zulassung vertikaler Markenwarenpreisbindungen geführt haben. Die Gewährleistung beinhaltet deshalb eine tatsächlich-wirtschaftliche Garantie für eine objektive Qualitätserhaltung, deren Sicherung für die Zukunft das preisbindende Unternehmen bei der Anmeldung der Preisbindung durch geeignete Massnahmen darzulegen und notfalls nachzuweisen hat. Das preisbindende Unternehmen trägt die Verantwortung für die Gewährleistung der Güte bis zur Endverbraucherstufe und hat deshalb durch geeignete Massnahmen dafür zu sorgen, dass weder mit den Güteeigenschaften noch mit der Marke Missbrauch getrieben wird [1]. Subjektive Gründe spielen bei der Einhaltung der Qualität keine Rolle, so dass demnach Verschulden seitens der Abnehmer nicht als erhebliche Gründe für die Nichteinhaltung der Qualität angeführt werden können[2]. Wirksam gewordene Preisbindungen haben allerdings die Vermutung für sich, dass die Qualität gleichgeblieben ist. Dann obliegt es der Kartellbehörde bzw. dem Antragsteller gem. § 17, entweder die Vermutungsgrundlage zur Zeit der Anmeldung zu zerstören oder nachzuweisen, dass das Qualitätserfordernis nicht mehr gewahrt ist[2].

Fraglich könnte sein, welche Zeit als Maßstab für die Entwicklung der Güte im Sinne des Gleichbleibens oder der Verbesserung zugrundezulegen ist. Das Gesetz spricht in § 16 Abs. 2 davon, dass die Lieferung in gleichbleibender oder verbesserter Güte vom preisbindenden Unternehmen " gewährleistet wird ". Da bis zur Anmeldung die Markenwarenpreisbindungen unter das Ver-

---

1) Da die preisbindenden Unternehmen mit der gleichbleibenden Qualität ihrer Waren nur den Erfordernissen aus § 16 Abs. 2 gerecht werden sollen, kann in der Anmeldung keine Garantieerklärung an die Öffentlichkeit erblickt werden, die eine Haftung bürgerlich-rechtlichen Inhalts herbeiführen könnte.

2) Freilich ist in solchem Falle dem preisbindenden Unternehmen gem. § 17 erst Gelegenheit zu geben, etwaige Missbräuche abzustellen.

bot des § 15 fallen, besteht ein gesetzliches Interesse an der gleichbleibenden Güte erst mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Preisbindung gem. § 16 Abs. 4. Des Erfordernisses gleichbleibender Güte bedarf es deshalb nicht schon vor, sondern erst nach der Wirksamkeit vertikaler Preisbindungen. Erst nach diesem Zeitpunkt muss die gleichbleibende Güte als ein Äquivalent für die Zulässigkeit der Preisbindungen gelten. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes ist deshalb für den Zustand der Güte die Zeit des Wirksamwerdens einer Markenwarenpreisbindung massgebend [1]. Der Inhalt der Güteeigenschaft lässt sich allgemein kaum bestimmen, er besteht aus einer Vielzahl von wertbildenden Eigenschaften einer Ware, die im Einzelfall unterschiedlich ist und von der Wertschätzung der Abnehmerkreise abhängt.

Gleichbleibende Güte bedeutet aber nicht, dass die Markenware in ihrer substantiellen Beschaffenheit und ihren technischen Merkmalen keinerlei Änderungen unterworfen sein darf. Der technische Fortschritt, Änderungen im Herstellungs- und Vertriebsverfahren sowie die Konkurrenz können zu Änderungen zwingen, ohne dass damit der Wert der Ware und ihre Güte für den Abnehmer verschlechtert würde. Eine Güteverschlechterung lässt sich demnach nur unter Berücksichtigung aller dieser Umstände für eine bestimmte Ware beurteilen. Eine aus beachtlichen wirtschaftlichen Gründen erfolgende Veränderung der Aufmachung oder Quantität der Markenware bedeutet ebenfalls keine Veränderung der Güte, da sie sich nicht auf die Substanz bezieht. Sie unterliegt jedoch, wenn sie sich auf die Preisgestaltung bezieht, der Anmeldepflicht des § 16 Abs. 4. Auch kann sich hinter solchen Veränderungen eine Verschlechterung der Güte verbergen.

---

1) Vgl. auch Markenverband, in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 428 ff. Davon zu unterscheiden ist, dass bereits bei der Anmeldung die Markenwareneigenschaft vorhanden sein muss, denn eine nach § 16 zulässige Preisbindung soll die Folge, nicht aber die Ursache der Markenwarenbildung sein.

Weitere Voraussetzungen des Begriffs der Markenware stellt der Gesetzgeber nicht auf. Insbesondere brauchen Markenwaren im Sinne § 16 Abs. 2 keine gleichbleibende Quantität und Aufmachung zu haben, keinen grösseren Absatzraum, feste Verbraucherpreise und insbesondere keine auf Grund der Werbewirkung erworbene Verkehrsgeltung aufzuweisen [1]. Der Gesetzgeber ist bei der Abgrenzung des Markenwarenbegriffs davon ausgegangen, einerseits der Gefahr einer Inflation von Markenwaren vorzubeugen, andererseits das Aufkommen neuer konkurrierender Markenwaren, sogen. junger Marken, sowie unbedeutender Marken, die noch keine Verkehrsgeltung gewonnen haben, im Interesse der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs nicht zu behindern [2]. Bei dieser wirtschaftspolitischen Interessenabwägung hat die Vorschrift des § 16, die den Kreis der preisbindungsfähigen Waren des § 15 einschränken will, durch den Verzicht auf den volkswirtschaftlichen Markenartikelbegriff [3] tatsächlich einen erheblichen Anwendungsbereich bekommen [4]. Um den Sinn und Zweck des § 16 als einer Ausnahmevorschrift für das allgemeine vertikale Preisbindungsverbot zu gewährleisten, ist eine restriktive Auslegung des Begriffes der Markenware und eine strenge Prüfung ihrer gesetzlichen Voraussetzungen erforderlich. Dies ist insbesondere

---

1) So werden z.B. feste Preise erst durch die Einführung der Preisbindung erzielt.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

3) Dieser Begriff ist auch rechtlich durchaus brauchbar; vgl. Mellerowicz, aaO, S. 4 ff. und Rasch, Harold: Zur Begriffsbestimmung der Markenware, in MA 1954, S. 592.

4) Ob die Bedenken des Gesetzgebers wirtschaftlich gerechtfertigt sind, wird erst die Entwicklung in der Zukunft zeigen. Immerhin bleibt zu bedenken, dass die Freistellung der Markenware vom Preisbindungsverbot auf Grund ihrer wirtschaftlichen Vorzüge erfolgt ist, wozu auch die Verkehrsgeltung und Anerkennung beim Verbraucher gehört.

bei jungen Marken, die sich in ihrer dauerhaften Qualität noch nicht beim Verbraucher durch längere Praxis bewährt haben und bei Handelsmarken [1] geboten, die in der Lage sein müssen, die Qualität ebenso wie bei Herstellermarken durch laufende Überwachung sicherzustellen. § 16 findet keine Anwendung auf Pseudomarkenwaren und markierte Waren [2]. Pseudomarken täuschen über das Vorhandensein der Markenwareneigenschaften, um die Freistellung von § 16 zu erreichen, ohne dass sie die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2, Marke oder Gütegewähr, von vornherein durchführen wollen oder können. Bei markierten Waren, meist jungen Marken, liegen hingegen die Möglichkeiten der Güteeinhaltung bei der Anmeldung der Waren objektiv noch nicht vor, wobei eine Täuschung über die Verwirklichung der Voraussetzungen in der Zukunft nicht stattfindet.

II. Die Anwendung des § 16 setzt weiter voraus, dass es sich um eigene Markenwaren des preisbindenden Unternehmens handelt. Markenwaren [3] sind immer dann die eigenen des preisbindenden Unternehmens, wenn die Markierung auf die Herkunft von diesem Unternehmen hinweist. Aus der Zulässigkeit von Händlermarken ergibt sich, dass die Waren nicht beim preisbindenden Unternehmen erzeugt zu sein brauchen. Es ist erforderlich und ausreichend, wenn das Unternehmen der Herkunft der Marke und das preisbindende Unternehmen identisch sind. Die Markenware eines Unternehmens kann aber als eigene Ware nur so lange fortwirken, wie sie als selbständige Ware im Handelsverkehr besteht. Gehen Rohstoffe oder Halbfabrikate im Wege weiterer industrieller Verarbeitung

---

1) Wenn insbesondere die Waren von verschiedenen Herstellern kommen.

2) Vgl. zu diesen Begriffen Mellerowicz, aaO, S. 67 ff.

3) Die vertikale Bindung von Mietpreisen ist deshalb nicht möglich, weil sie keine eigenen Markenwaren des Unternehmens darstellen.

in anderen Waren auf, so entsteht eine andere Ware, die auch dann nicht mehr als die eigene Markenware des preisbindenden Unternehmens zu bezeichnen ist [1], wenn das eigene Vorprodukt für die Qualität der neuen Ware ausschlaggebend ist und das preisbindende Unternehmen Massnahmen zur Qualitätssicherung getroffen hat [2]. Nach dem Sinn und Zweck des § 16 rechtfertigt sich die Ausnahmebestimmung für Markenwaren gerade durch die charakteristische Verbindung einer bestimmten Marke von einem Unternehmen mit einer bestimmten Ware [3], die beim Abnehmer eine Vorstellung von Güte und besonderen wertbildenden Eigenschaften hervorruft. Verliert die Ware ihre Eigenständigkeit im Rechtsverkehr, so ist diese Verbindung nicht mehr gegeben und damit eine Voraussetzung der Markenwarenpreisbindung weggefallen. Die Regelung des § 16 dient vor allem auch dem Schutze der Abnehmer. Verstösse des preisbindenden Unternehmens gegen § 16 können, wenn hierdurch die Verbotsnorm des § 15 verwirklicht wird, zu Schadensersatzansprüchen der Abnehmer gem. § 35 GWB führen. § 16 ist zwar keine selbständige Verbotsnorm, sondern nur eine Ausnahmebestimmung zu § 15. Sie ist deshalb allein noch keine Schutzvorschrift im Sinne § 35 GWB, Fehlen aber Voraussetzungen des § 16, so verstossen die Preisbindungen gegen § 15, der eine Schutzvorschrift im Sinne § 35 GWB darstellt [4].

§ 17 : Die Voraussetzung des horizontalen Preiswettbewerbs mit gleichartigen Waren und ihre Probleme

Neben dem Vorliegen einer eigenen Markenware verlangt

---

1) Vgl. für die Zeit des Dekartellierungsrechts: Tagung der Kartellreferenten des Bundesgebiets, in WuWB, Teil II, KRT 26, 36.

2) Meist wird es schon an der Gewährleistung gleichbleibender Güte fehlen.

3) Vgl. auch Begründung, aaO, zu § 11.

4) Vgl. S.156 ff. und die Ausführungen zu § 17 GWB auf S.243 f.

§ 16 weiterhin, dass sich die Markenware eines preisbindenden Unternehmens mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler im Preiswettbewerb befindet. Diese Einengung der Bestimmung des § 16 bezweckt die Aufrechterhaltung eines wirksamen freien Wettbewerbs und einer unabhängigen freien Preisbildung auf der Ebene des preisbindenden Unternehmens [1]. Durch die vertikale Preisbindung sind auf den Abnehmerstufen die hauptsächlichen Wettbewerbsformen hinsichtlich der preisgebundenen Markenware ausgeschlossen. Diese Einschränkung des Wettbewerbs auf den Abnehmerstufen wird noch verstärkt, wenn das Sortiment des Handels an gleichartigen Waren überwiegend oder ausschliesslich aus preisgebundenen Markenwaren besteht. Demzufolge muss sich der entscheidende Wettbewerb gegenüber dem Verbraucher zwischen den preisbindenden Unternehmen selbst - meist den Herstellern - vollziehen [2]. Das Gesetz will diesen Wettbewerb als Preiswettbewerb zwischen gleichartigen Waren garantieren. Der rechtliche Inhalt und die Abgrenzung der Begriffe des Preiswettbewerbs und der gleichartigen Waren im Sinne des § 16 ist in der Literatur noch nicht geklärt. Es soll im folgenden versucht werden, zur rechtlichen Bestimmung dieser Begriffe beizutragen.

I. In § 16 wird ein Preiswettbewerb mit anderen Herstellern oder Händlern verlangt. Eine Konkurrenz zwischen gleichartigen Waren ein- und desselben preisbindenden Unternehmens genügt also nicht.

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich eindeutig [3], dass nicht jeder Wettbewerb zwischen

---

1) Die Voraussetzung ist vom Wirtschaftspolitischen Ausschuss des Bundestags eingeführt worden, vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

2) Vgl. hierzu Büntig, Heinz: Kartellersatz durch vertikale Preisbindung, in WuW 1957, S. 143 ff.; Röper, Burkhardt: Die vertikale Preisbindung ist kein Kartellersatz, in WuW 1957, S. 293 ff. und Rasch, Komm., aaO, zu § 16.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

Unternehmen das Erfordernis des Preiswettbewerbs erfüllt. Das Wettbewerbsverhalten muss sich vielmehr auf den Faktor Preis richten, weil er die zentrale Funktion in der freien Wettbewerbswirtschaft inne hat. [1] Seine Steuerungsfunktion können andere Wettbewerbsfaktoren wie Qualität, Reklame, Verpackung usw. nicht übernehmen. Demzufolge können sie auch nicht den Preiswettbewerb im Sinne § 16 ersetzen. Dies ergibt sich auch aus dem Zweck des § 16, der ja gerade die Aufrechterhaltung einer von der Willkür von Einzelunternehmen unabhängigen freien Preisbildung ermöglichen will [2]. Andernfalls wäre eine Ausschaltung des wesentlichen Wettbewerbs auf der preisbindenden Stufe bis auf ökonomisch wenig relevante Nebenformen möglich mit der Folge, dass eine freie Preisbildung weder in horizontaler noch in vertikaler Richtung gegeben wäre. Es kommt alsdann entscheidend darauf an, was man unter Preiswettbewerb im Sinne § 16 zu verstehen hat.

Der § 16 setzt nicht einen Zustand vollständiger Konkurrenz voraus, in dem der Preis eine von der Disposition der Wettbewerber unabhängige Grösse ist, Vielmehr kommt es auch hier nur darauf an, im Rahmen des Erreichbaren soviel Wettbewerb als möglich herzustellen, mithin einen aktiven Wettbewerb auf der preisbindenden Wirtschaftsstufe aufrechtzuerhalten [3]. Dieser aktive Wettbewerb, bei dem jeder Wettbewerber seine Marktposition im selbständigen Wettbewerbsstreben mit den verschiedenen Mitteln des Wettbewerbs zu verbessern sucht, muss sich hierbei auf die Mittel der Preisgestaltung beziehen. Preiswettbewerb bedeutet demnach das Streben nach eigenen Marktvorteilen mit Mitteln aktiver Preisgestaltung und Preispolitik.

Aktive Preisgestaltung kommt nach aussen am deutlichsten

---

1) Vgl. S. 3,9 und Langen, Komm., aaO, zu § 16, Anm. III, 5.

2) Zweifelnd anscheinend: Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 43o.

3) Vgl. S. 5.

in unmittelbaren Preisbewegungen der Wettbewerber untereinander zum Ausdruck, sei es im Wege der Preissenkung [1] oder der Preisstabilhaltung gegenüber Preiserhöhungen der Mitbewerber. Unterschiedliche Preise sind demnach ein sicheres Indiz für das Vorliegen von Preiswettbewerb. Damit erschöpfen sich aber die Mittel aktiver Preisgestaltung noch nicht. Preisgestaltung steht in unmittelbarer Beziehung zu den wertbildenden Eigenschaften der Ware [2]. Die Preisgestaltung einer Ware kann deshalb im Wettbewerb nicht losgelöst von ihren Eigenschaften betrachtet werden. Die Wertschätzung der Ware für die Abnehmer resultiert vielmehr aus dem Verhältnis von Preis zu Qualität und Quantität der Ware, aus einer Abwägung des Aufwandes einerseits zum Nutzwert als Mittel der Bedürfnisbefriedigung andererseits. Hieraus folgt, dass auch mittelbare Preisbewegungen der Wettbewerber [3] untereinander möglich sind, die zwar nicht unmittelbar zu Preisänderungen führen, aber in einem veränderten Nutzwert der Ware zum Ausdruck kommen, z.B. eine stille Preissenkung durch Verbesserung des Nutzwertes der Ware gegenüber Mitbewerbern oder eine Preisstabilhaltung durch Beibehaltung der Nutzwerte gegenüber Verschlechterungen bei den Mitbewerbern. Wenn somit unterschiedliche Preise immer ein sicheres Indiz für das Vorliegen von Preiswettbewerb geben, so schliessen gleiche Preise umgekehrt die Möglichkeit von Preiswettbewerb nicht aus. Bestehen vielmehr erhebliche, im Handelsverkehr erkenntliche Unterschiede in den Nutzwerten der im Wettbewerb stehenden gleichartigen Waren, so begründet dies ebenfalls eine sichere Vermutung für das Bestehen von Preiswettbewerb.

---

1) in Form der Endpreise, aber auch der einzelnen Preisbestandteile, wenn sie den Abnehmern gegenüber zur Auswirkung kommen.

2) Vgl. auch Markenverband, in: Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 430 ff.

3) Bei gleichbleibenden Preisen; vgl. aber Langen, Komm., aaO, zu § 16, Anm. III, 5.

Aber selbst wenn es sowohl an unterschiedlichen Preisen als auch an erheblich voneinander abweichenden Nutzwerten fehlt, hat dies noch nicht ohne weiteres die Ausschaltung des Preiswettbewerbs zwischen den gleichartigen Waren zur Folge. Gleichgerichtetes Verhalten, die Bildung übereinstimmender Preise und die Herstellung von Waren mit entsprechenden Nutzwerten brauchen nicht auf einem Übereinkommen zu beruhen; sie tragen auch nicht notwendig den Verzicht auf Wettbewerbsstreben mit Mitteln aktiver Preisgestaltung in sich. Dies ergibt sich vor allem aus folgenden: Im Laufe der wirtschaftlichen und preislichen Entwicklung wechseln zeitweilig die Formen des Wettbewerbs bezüglich gleichartiger Waren, so dass die Preis- und Nutzwertbewegungen auch einmal für bestimmte Zeit zum Stillstand kommen können, ohne dass damit bereits der Preiswettbewerb eingestellt wäre. Ausserdem führt das ständige Streben der Wettbewerber, die günstigeren Marktpositionen der Mitbewerber zu erreichen, oft zu einer Angleichung der Preise und Qualitäten gleichartiger Güter. Diese gleichen Preise haben sich dann ebenfalls im Preiswettbewerb gebildet, sie sind nicht das Ergebnis einer willkürlichen Festsetzung, sondern des wettbewerblichen Drucks im Vergleich zu den Preisen der Mitbewerber. Preiswettbewerb liegt im Sinne des § 16 deshalb auch immer dann vor, wenn die gleichen Preise oder entsprechenden Nutzwerte das Ergebnis des Wettbewerbs mehrerer Unternehmen mit Mitteln aktiver Preisgestaltung sind. In diesen Fällen muss es aber den preisbindenden Unternehmen obliegen, den Nachweis über das Vorliegen des Preiswettbewerbs zu führen[1] und die Beweislast zu tragen. Die eben erwähnte Abgrenzung entspricht auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes [2], wonach nur demjenigen preisbindenden Unternehmen die Ausnahmebestimmung des § 16 zugute

---

1) Insbesondere liegt dann nahe, dass ein abgestimmtes Verhalten oder eine Preisführerschaft zwischen mehreren Unternehmen vorliegt.

2) Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

kommen soll, die in einem tatsächlichen Preiswettbewerb mit anderen Unternehmen stehen, sich mithin in ihrer Preisgestaltung nicht willkürlich verhalten können, sondern die Dispositionen der Mitbewerber berücksichtigen müssen.

Aus den obigen Ausführungen folgt, dass Preiswettbewerb auch zwischen mehreren preisbindenden Unternehmen mit gleichartigen Waren bestehen kann. Werden hierbei die Preisbindungen aber von dem überwiegenden Teil der Unternehmen derselben Branche vorgenommen und stimmen die Preise der gleichartigen Markenwaren zugleich überein [1], so ist die Voraussetzung des Preiswettbewerbs besonders genau zu prüfen.

Nach der obigen inhaltlichen Bestimmung des Preiswettbewerbs ergibt sich die Frage, wie die vertraglichen und tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkungen sowie ein abgestimmtes Verhalten zwischen den preisbindenden Unternehmen in ihrer Auswirkung auf den Preiswettbewerb zu beurteilen sind. §§ 15 ff. kommen nicht zur Anwendung, wenn vertikale Preisbindungen durch ein Zusammenwirken mehrerer Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen werden, diese Rechtsverhältnisse bestimmen sich dann ausschliesslich nach §§ 1 ff. [2], so dass auch für § 16 kein Raum bleibt. Beschränken sich hingegen Vereinbarungen und tatsächliche Bindungen zu einem gemeinsamen Zweck auf die horizontale Ebene, während sich die vertikalen Preisbindungen in Einzelverträgen nach §§ 15 ff. abwickeln, dann kommen §§ 1 ff. neben §§ 15, 16 zur Anwendung. Es ist zu untersuchen, welchen Einfluss die horizontalen Vereinbarungen auf den Preiswettbewerb nach § 16 haben.

Horizontale Vereinbarungen auf den Abnehmerstufen sind für den Preiswettbewerb nach § 16 nur erheblich, wenn sich Mitbewerber des preisbindenden Unternehmens auf

---

1) ohne dass horizontale Vereinbarungen bestehen brauchen, vgl. Büntig: Kartellersatz ..., aaO, S. 149.

2) Vgl. S.155.

dieser nachgeordneten Stufe befinden. Steht aber das preisbindende Unternehmen bereits mit gleichgeordneten Unternehmen auf horizontaler Ebene im Preiswettbewerb, so sind Zusammenschlüsse auf der Abnehmerebene ohne Wirkung [1]. Es verbleiben demnach für eine weitere Erörterung im wesentlichen nur die Erscheinungen horizontaler Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltens und der Preisführerschaft auf der Ebene des preisbindenden Unternehmens.

Preiswettbewerb im Sinne § 16 meint einen tatsächlichen Zustand, nämlich das Vorhandensein von Wettbewerbsstreben, das mit Mitteln der aktiven Preisgestaltung verwirklicht wird. Demzufolge kann es nicht darauf ankommen, ob die horizontalen Vereinbarungen und das abgestimmte Verhalten nach dem GWB verboten oder erlaubt sind; allein entscheidend sind vielmehr ihre tatsächlichen Auswirkungen auf den Preiswettbewerb. Zwar führt nicht jede Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit des preisbindenden Unternehmens zu einer Ausschaltung oder wesentlichen Verminderung des Preiswettbewerbs. Vereinbarungen über die Festlegung des Verkaufspreises sowie der wesentlichen preisbildenden Faktoren beseitigen jedoch immer den bestehenden Preiswettbewerb, weil sie dem preisgebundenen Unternehmen die objektive Möglichkeit zur selbständigen aktiven Preisgestaltung nehmen. Es ist hierbei unerheblich, ob an diesen Vereinbarungen sämtliche Unternehmen mit gleichartigen Waren beteiligt sind. § 16 stellt entscheidend darauf ab, dass das preisbindende Unternehmen selbst am Preiswettbewerb mit einer aktiven Preisgestaltung teilnehmen kann [2]. Betreffen die Vereinbarungen hingegen nur einzelne Preisbestandteile wie Rabatte [3], belassen jedoch ge-

---

1) Eine andere Frage ist, ob hieraus ein Aufhebungsgrund gem. § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 hergeleitet werden kann.

2) Anders ist es, wenn das preisbindende Unternehmen selbst nicht an den Vereinbarungen beteiligt ist, sondern mit dem Zusammenschluss im Preiswettbewerb steht: dann kann § 16 gegeben sein.

3) Etwa Rabattkartelle nach § 3, Konditionenkartelle gem. § 2 oder Exportkartelle nach § 6.

nügend Spielraum zur eigenen Preisgestaltung, so kann noch nicht von einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs gesprochen werden. Auch zulässige Wettbewerbsregeln und sonstige Vereinbarungen, die nicht unmittelbar die aktive Preisgestaltung betreffen, schliessen den Preiswettbewerb allein nicht aus [1]. Zweifelhaft könnte sein, wie die Erscheinungen des abgestimmten, gleichförmigen Verhaltens und der Preisführerschaft zu würdigen sind, weil sie keine Vereinbarungen voraussetzen. Obwohl durch diese Erscheinungen noch keine rechtsverpflichtenden oder tatsächlichen Preisbindungen hervorgerufen werden und sie deshalb nicht als Wettbewerbsbeschränkungen zu bezeichnen sind, können sie doch geeignet sein, eine tatsächliche Ausschaltung des Preiswettbewerbs im selben Umfange wie bei Vereinbarungen für das preisbindende Unternehmen herbeizuführen. Durch sie hervorgerufene einheitliche Preise beruhen nicht auf einem eigenen Wettbewerbsstreben; sie sind nicht durch selbständige Preisgestaltung im Wettbewerbsdruck mit anderen Mitbewerbern entstanden, sondern durch eine willkürliche Festsetzung - sei es im Wege der gegenseitigen Abstimmung oder durch einen Preisführer - mag diese Festsetzung auch unter Zugrundelegung eines fiktiven Wettbewerbspreises erfolgen. Tatsächliche Preisabstimmungen und Preisführerschaft führen allerdings dann nicht zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs, wenn die Möglichkeit unmittelbarer Preisgestaltung durch Veränderung der Nutzwerte gegeben ist.

Auch ohne ein rechtsgeschäftliches bzw. tatsächliches Zusammenwirken mehrerer rechtlich und wirtschaftlich selbständiger Unternehmen kann es an einem Preiswettbewerb in objektiver Hinsicht mangeln; das ist dann der Fall, wenn nach der natürlichen Marktsituation ein solcher Preiswettbewerb nicht möglich ist. Hat ein preisbindendes Unternehmen ein Monopol auf dem Markt gleich-

---

1) Vgl. Büntig, aaO, S. 149 ff.

artiger Güter [1], so ist es keinem Preiswettbewerb ausgesetzt, es kann vielmehr den Preis willkürlich bestimmen. Ebenso verhält es sich, wenn das preisbindende Unternehmen ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne § 22 Abs. 1 oder 2 ist, wenn es z.B. ein Teilmonopol mit einem wesentlichen Marktanteil inne-hat, weil auch hier ein wesentlicher Preiswettbewerb nicht stattfinden kann. Meist weist die natürliche Marktsituation [2] für preisbindende Markenwarenunternehmen jedoch die objektive Möglichkeit des Preiswettbewerbs auf: sei es in Form der Annäherung zum vollständigen Wettbewerb mit einer grösseren Anzahl untereinander konkurrierender Marken- und anonymer Waren [3], in der Form des Teiloligopols, wo einige grössere Markenwarenunternehmen, die einen grösseren Marktanteil haben, untereinander konkurrieren [4] oder in der Form des Oligopols, wo nur einige grosse Unternehmen untereinander im Wettbewerb stehen [5].

II. Nicht jeder Preiswettbewerb mit Waren anderer Hersteller oder Händler erfüllt die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1: das Gesetz erfordert einen Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren, sei es mit Markenwaren oder anonymen Waren. Sinn und Zweck dieser einengenden Regelung ist es, die wirtschaftliche Wirksamkeit des Preiswettbewerbs durch die geforderte enge Wettbewerbsbeziehung zwischen den einzelnen Waren sicherzustellen. Die Bestimmung des Begriffes der Gleichartigkeit der Ware ist vor allem eine Frage der Abgrenzung des Marktes, innerhalb dessen der Preiswettbewerb vorliegen muss bzw. ein preisbindendes Unternehmen ohne we-

---

1) Vgl. die anschliessenden Ausführungen über die Gleichartigkeit der Güter.

2) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 24 ff.

3) Z.B. die kosmetische Industrie.

4) Z.B. die Strumpfindustrie, mit einigen kleinen anonymen Waren.

5) Etwa die Rundfunkindustrie. Es darf aber nicht § 22 Abs. 2 GWB erfüllt sein.

sentliche Mitbewerber ist [1]. In der Literatur ist man sich einig [2], dass der volkswirtschaftliche Modellfall des Elementarmarktes [3], auf den die Gleichartigkeit der Waren nur bei vollständiger Homogenietät mit gleicher Qualität, Verpackung, Reklame, zeitlichen und örtlichen Präferenzen und subjektiver Einschätzung des Wertes seitens der Käufer vorliegt, in der wirtschaftlichen Praxis nicht gegeben ist. In diesem Modellfall würde jedes Unternehmen bezüglich seiner Markenware auf seinem Elementarmarkt ein Monopol bilden. Dieser Modellfall ist deshalb für eine rechtliche Begriffsbestimmung nicht brauchbar. Gleichartige Güter brauchen nicht in allen wertbildenden Eigenschaften und äusseren Umständen einander zu entsprechen. Andererseits können gleichartige Güter im Sinne § 16 nicht mit den volkswirtschaftlichen Substitutionsgütern gleichgesetzt werden. Substitutionsgüter sind imstande, sich gegenseitig in der Bedarfsskala des Abnehmers zu ersetzen, wenn die Wertschätzung des Abnehmers ein bestimmtes Gut nicht mehr als preiswert sieht, wobei die Substitutionsgüter nicht denselben Verwendungszwecken dienen brauchen, sondern auch ein anderes Bedürfnis des Abnehmers befriedigen können [4]. Auch Substitutionsgüter stehen damit in einer Preiswettbewerbsbeziehung zueinander. Letztlich besteht durch den Allzusammenhang der Märkte der verschiedenen Güter über die Produktionspläne der Unternehmen und die Konsumtionspläne der Verbraucher sowie über dritte Güter auch ein loses Wettbewerbsverhältnis zwischen nicht substituierbaren Waren [5]. Der Bereich der Substitu-

---

1) Je weiter der Marktbegriff für gleichartige Güter gezogen wird, umso häufiger wird die Erscheinung des Preiswettbewerbs.

2) Vgl. Meyer-Cording, Ulrich: Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954, S. 29; Rasch, Komm., aaO, zu § 16; Lucken, aaO, S. 97; Röper, aaO, S. 351.

3) Vgl. Stackelberg, aaO, S. 185.

4) Z.B. Brot und Kartoffeln, Kakao und Kaffee.

5) Vgl. Mellerowicz, aaO, S. 24 ff.

tionsgüter ist mithin schon deshalb nicht brauchbar, weil er sich nicht klar und entsprechend dem Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift des § 16 abgrenzen lässt. Ausser dem homogenen oder Elementarmarkt ist also auch der heterogene Gütermarkt nicht als Markt gleichartiger Güter anzusehen [1]. Der Begriff der gleichartigen Waren [2] im Sinne des § 16 verlangt vielmehr eine Abgrenzung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Die einschränkenden Voraussetzungen des § 16 dienen vor allem dem Schutz der Abnehmer und Verbraucher, die beim Vorliegen vertikaler Preisbindungen wenigstens die Vorteile eines horizontalen Preiswettbewerbs haben sollen. Die volle Intensität eines solchen Preiswettbewerbs, der die preisbindenden Unternehmen zur aktiven Preisgestaltung unter Berücksichtigung der gleichartigen Angebote der Mitbewerber zwingt, ist nur dann gegeben, wenn die konkurrierenden Güter in einer Weise gleichartig sind, dass es den Abnehmern und Verbrauchern jederzeit ohne erhebliche Nutzenseinbusse möglich ist, zur Befriedigung ein- und desselben konkreten Bedürfnisses von einem Gut zum anderen überzugehen. Hieraus folgt, dass sich gleichartige Güter im Sinne § 16 innerhalb derselben Wirtschaftsbranche befinden, nach der objektiven Auffassung im Handelsverkehr denselben Verwendungszwecken dienen und mit dem im wirtschaftlichen Ergebnis gleichen [3] Nutzeffekt [4] ein- und dasselbe soweit wie möglich konkretisierbare Bedürfnis des Abnehmers zu befriedigen imstande sein müssen. [5] [6] Gleichartige Güter brauchen hingegen nicht die gleichen technischen Eigen-

---

1) Vgl. Röper, aaO, S. 135 ff.

2) Vgl. auch Gleiss, Alfred - Deringer, Arved: Markt- und "Wettbewerb gleichartiger Waren", in Betriebsberater 1954, S. 735.

3) nicht nur gleichartigen.

4) Vgl. Meyer-Cording, aaO, S. 29.

5) Im Rahmen seines Bedarfsplanes.

6) Hiernach wären die verschiedenen Arten von Waschmitteln wohl durchweg gleichartige Güter, bis zu einem gewissen Grade auch Kernseife; ebenso Füllfederhalter und Kugelschreiber.

schaften und stofflichen Zusammensetzungen zu besitzen; entscheidend sind allein der gleiche Verwendungszweck und Nutzeffekt [1].

§ 18 : Umfang und Grenzen der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen nach § 16 GWB

Handelt es sich um eigene Markenwaren des preisbindenden Unternehmens und herrscht horizontaler Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller und Händler, so stellt § 16 rechtliche oder wirtschaftliche vertikale Preisbindungen der Abnehmer vom Verbot des § 15 frei. Hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Bestimmung des § 16 ergeben sich nun einzelne, auch im Schrifttum und teilweise in der Rechtsprechung behandelte Zweifelsfragen, die im folgenden näher erörtert werden sollen.

I. Das Verbot des § 15 bezieht sich nicht nur auf vertikale Bindungen der Preise, sondern auch auf solche der Geschäftsbedingungen. Der § 16 erklärt hingegen ausdrücklich nur vertikale Preisbindungen für statthaft. Dörinkel [2] vertritt hierzu die Auffassung, § 16 müsse nach dem Grundsatz a maiore ad minus auch analog auf die Bindung von Geschäftsbedingungen, wie z.B. Skonti, angewendet werden, weil andernfalls die Lückenlosigkeit der Bindung gefährdet sei. Um die Frage der Anwendbarkeit des § 16 auf Geschäftsbedingungen beantworten zu können, ist ein Eingehen auf den rechtlichen Inhalt und Zweck des § 16 erforderlich. Die Vorschrift des

---

1) Es wird sich aber meist um Gruppen ähnlicher Güter handeln.

2) Vgl. Dörinkel, Wolfram: Die Bindung von Preisen und Geschäftsbedingungen bei Markenwaren, in WuW 1953, S. 663 ff. und Markenverband, in: Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 432.

§ 16 ist vom Gesetzgeber als eine begrenzte Ausnahmevorschrift des grundsätzlichen vertikalen Preisbindungsverbotes gem. § 15 eingefügt, die ausschliesslich unter den vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen zur Anwendung kommt [1]. Während das Verbot des § 15 Preise und Geschäftsbedingungen erfasst, erfolgt die Freistellung nach dem klaren Wortlaut des § 16 nur für die Preise. Geschäfts- und Zahlungsbedingungen sind vom Gesetzgeber nicht in § 16 aufgenommen worden. Legt man der Auslegung den inneren Zusammenhang und das grundlegende Verhältnis zwischen der Regelbestimmung des § 15 und der restriktiv auszulegenden Ausnahmevorschrift zugrunde, so kann hieraus geschlossen werden, dass der Gesetzgeber ausschliesslich die Bindungen der Preise von Markenwaren gestatten, im übrigen aber die Freiheit des Wettbewerbs in den sonstigen Geschäftsbedingungen aufrechterhalten wollte. Diese Auslegung des § 16 findet in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ihre Bestätigung; in der Begründung [2] heisst es ausdrücklich, dass § 16 eine Ausnahme von § 15 nur gestatte, soweit dadurch die Wiederverkaufspreise gebunden werden; die übrigen Bestimmungen des § 15, das Verbot, Geschäftsbedingungen sowie Preise und Geschäftsbedingungen für andere Waren oder gewerbliche Leistungen zu binden, blieben damit auch für Markenwaren bestehen. Der Sinn und Zweck des § 16 im Verhältnis zur Verbotsvorschrift des § 15 spricht ebenfalls gegen eine entsprechende Anwendung auf Geschäftsbedingungen und für eine restriktive Auslegung. Die Ausnahmebestimmung des § 16 lässt eine Beschränkung der individuellen Wettbewerbsfreiheit nur aus bestimmten wirtschaftlichen Gründen zu: nämlich aus der engen Verbindung der Markenware und ihrer besonderen Güte mit einem festen Verkaufspreis, der

---

1) Vgl. Begründung, aaO, zu § 11 und Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11; Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, zu § 16, Anm. 18; Müller, Heinz - Gries, Gerhard: Kommentar zum GWB, Frankfurt 1958, zu § 16, Anm. 29.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 11.

beim Käufer das Vertrauen in die Qualität der Ware hervorruft und den Markenwarenunternehmen ein Nachlassen der Qualität nicht erlaubt [1]. Diese enge Verbindung besteht aber nur im Preis, sie erlangt kaum in den Geschäftsbedingungen besondere Bedeutung. Demzufolge sprechen bei den Geschäftsbedingungen auch keine überwiegenden wirtschaftlichen Gründe für eine Ausnahme. Vielmehr erfordert der Grundsatz der möglichst grossen Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs, dass, wenn nicht in Preisen, dann wenigstens in den Geschäftsbedingungen bei Markenwaren ein Wettbewerb möglich sein soll.

Stellt damit § 16 bewusst eine restriktiv auszulegende Ausnahme für Markenwarenpreisbindungen dar, so bleibt für eine ergänzende Rechtsfindung im Wege analoger Anwendung des § 16 auf Geschäftsbedingungen kein Raum [2].

Gegen die Anwendung des Arguments a maiore ad minus auf das Verhältnis von Preisen und Geschäftsbedingungen ergeben sich im übrigen erhebliche Bedenken. Der Wettbewerb in Preisen hat zwar eine volkswirtschaftlich bedeutendere Funktion als der Wettbewerb in Geschäftsbedingungen und anderen wirtschaftlichen Faktoren. Deshalb stellen die einzelnen Wettbewerbsfaktoren jedoch in rechtlicher Hinsicht selbständige Erscheinungsformen mit unterschiedlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Wirkungen dar, sie stehen sich deshalb nicht im Verhältnis eines rechtlichen Mehr oder Weniger, sondern im Verhältnis von aliud-Formen gegenüber. Das kommt auch in § 15 selbst zum Ausdruck, in dem die Bindung der Preise und Geschäftsbedingungen als zwei ihrem Wesen nach

---

1) Vgl. S. 162.

2) Im Ergebnis auch Rasch, Komm., aaO, zu § 16, Anm. 6, vgl. auch für das Dekartellierungsrecht: Gleiss, Alfred: Ist die Bindung von Rabatten bei Markenartikeln zulässig?, in NJW 1953, S. 1456 ff. und Büntig, Heinz: Vertikale Bindungen von Geschäftsbedingungen, in Betriebsberater 1954, S. 581; jetzt auch das Bundeskartellamt in einem Brief an den Rabattverband vom 7.8.1958, in WuWE, Teil II, BKartA 15.

verschiedene Wettbewerbsbeschränkungen nebeneinander gestellt werden. Die vorwiegend wirtschaftlichen Bedenken, dass durch die Gewährung grosszügiger Konditionen die zulässige Preisbindung nach § 16 umgangen werden könne [1], fallen demgegenüber wenig ins Gewicht, wenn man den Begriff der Preisbindung seinem wirtschaftlichen Inhalt und Zweck nach interpretiert.

Unter Preisen [2] sind nicht nur die Verkaufsendpreise, sondern auch die einzelnen Bestandteile der Preisgestaltung und Kalkulationen [3] zu verstehen. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob es sich bei wirtschaftlichen Massnahmen um Preisfaktoren im eben angegebenen Sinne handelt, kann nur ihre objektive wirtschaftliche Funktion innerhalb der Preisgestaltung sein, nicht etwa die äusserliche Kennzeichnung oder der von den Beteiligten nach aussen hin erklärte Zweck. Demzufolge sind Umgehungen, die echte Zahlungsmodalitäten als Preisbestandteile angeben, um ihre Bindung nach § 16 zu ermöglichen, unzulässig [4]. Es kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, wenn Unternehmen, um den nach § 16 zulässigen Preisbindungen zu entgehen, ungewöhnliche Zahlungsmodalitäten gewähren. Dann nehmen diese nach aussen hin als Zahlungsbedingungen deklarierten Massnahmen in Wirklichkeit die wirtschaftliche Funktion konkreter Preisbestandteile ein. Es handelt sich dann aber nicht mehr um echte Geschäftsbedingungen, die nur auf den Preis Einfluss nehmen, wie Franzen-Boekle [5]

---

1) Vgl. Dörinkel, aaO, S. 663 ff. und Markenverband, aaO, S. 432.

2) Vgl. S. 7o ff. Warenrückvergütungen der Genossenschaften sind demnach keine Preisbestandteile der §§ 15, 16.

3) So z.B. auch die prozentualen Gemeinkosten- und Gewinnaufschläge, die Preisnachlässe und sonstigen Erlösschmälerungen sowie die zulässigen Zugaben.

4) Vgl. die Ausführungen über rechtsgeschäftliche Umgehungen, die auch hier gelten, S. 87 ff.

5) Vgl. Franzen - Boekle: Das System der Preisbindungsreverse, in: Betriebsberater 1958, S. 1o3.

meinen, sondern um Preisbestandteile. Es bedarf der Prüfung des jeweiligen Einzelfalles, ob die Gewährung von Zahlungsbedingungen dem Grunde und der Höhe nach sich in ihrer wirtschaftlichen Funktion als Preisbestandteile darstellt. Eine Nichtbeachtung vertraglicher Preisbindungen wird jedoch immer dann in Frage kommen, wenn es sich um brancheunübliche Massnahmen [1] handelt, die unter normalen Umständen, bei Wegfall der Preisbindungen, nicht gegeben worden wären. So stellen Barzahlungsrabatte an Verbraucher für täglich verbrauchbare Waren den echten Rabatten gleichzuachtende Preisnachlässe dar. Auch die Teilzahlungsvereinbarungen ohne Zinsaufschlag, die Gewährung erheblicher Zugaben, die Inzahlungnahme von gebrauchten Waren zu gegenüber dem Verkaufswert überhöhten Preisen sowie die Gewährung von Warenkrediten ohne Berechnung handelsüblicher Zinsen sind als funktionelle Preisbestandteile zu betrachten [2].

II. Nach § 16 sind für Markenwaren sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche Preisbindungen erlaubt. Hierunter fallen eindeutig [3] die vertraglichen vertikalen Preisbindungen, mögen sie rechtsverpflichtend sein oder auf tatsächlichen Gründen beruhen [4]. Umstritten ist jedoch, ob auch rein tatsächliche Preisbindungen, die nicht in Verträgen niedergelegt sind, von § 16 erfasst werden. Während das Schrifttum [5] weitaus überwiegend

---

1) Vgl. S. 94.

2) Vgl. Linhardt-Stöhr: Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1957, S.1024.

3) Das ist einhellige Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, vgl. BGH in WuW 1958, S. 788 ff. und Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 16, Anm. 16.

4) Vgl. S. 73 ff. Demgegenüber verlangt Langen, Komm., aaO, zu § 16, Anm. III, 3 immer eine rechtliche Bindung.

5) Becher, Hans: Die wirtschaftliche Preisbindung, in Betriebsberater 1958, S. 430 ff.; Gleiss, Alfred: Wirtschaftliche Preisbindung im Schatten der rechtlichen?, in Betriebsberater 1958, S. 609; Lutz: Dürfen Wiederverkaufspreise ..., aaO, S. 129; Kracht, aaO, S. 466; Mayer-Wegelin, Komm., aaO, zu § 16, Anm. 6; Paul, aaO, S. 1150, 1321.

die Anwendung des § 16 auf rein tatsächliche Preisbindungen bejaht, vertritt der BGH [1] in einer überzeugenden Begründung die Auffassung, dass nur solche wirtschaftlichen Bindungen von § 16 erfasst werden, die vertraglicher Natur sind. Der Auffassung des BGH ist beizutreten.

Aus dem allgemeinen Gesetzeszusammenhang und Wortlaut der zusammengehörigen §§ 15 und 16 ergibt sich, dass von diesen Vorschriften nur vertikale Preisbindungsverträge betroffen werden. Für diese Auffassung spricht nicht nur die Überschrift des zweiten Abschnittes: " Sonstige Verträge ". Der § 15 betrifft eindeutig nur Verträge, wie aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift hervorgeht. Der § 16 stellt aber nur eine Ausnahme von § 15 dar, die ihrem Zweck nach die Voraussetzungen des § 15 bestimmungsgemäss nur einschränken soll, aber nicht in selbständiger Weise ausdehnen kann. Ebenso wie § 15 nur für vertragliche Preisbindungen gilt [2], kann dies auch nur für § 16 zutreffen. Der § 16 Abs. 1 spricht zwar bei der Erwähnung der rechtlichen und wirtschaftlichen Bindung nicht von Verträgen. Jedoch ergibt sich aus § 16 Abs. 4, der auf Preisbindungen des Abs. 1 ausdrücklich Bezug nimmt, dass hierunter nur vertragliche Preisbindungen gemeint sein können. So ist für die Anmeldung gem. § 16 Abs. 4 ausdrücklich ein Muster des für die Preisbindung verwendeten Vertrags oder der die Preisbindung enthaltenden Vertragsbedingungen beizufügen. Nach § 16 Abs. 4 bedürfen Preisbindungen im Sinne § 16 Abs. 1 weiter zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung. Hierunter kann jedoch nur eine zivilrechtliche Wirksamkeit verstanden werden, die nur bei Rechtsgeschäften denkbar ist. Auch § 34 nimmt ausdrücklich auf Verträge der in § 16 bezeichneten Art Bezug und unterwirft diese Verträge dem Formerfordernis der schriftlichen Abfassung [3]. Vor allem aber findet die Auffassung, dass

---

1) In WuW 1958, S. 88 ff.

2) Vgl. S. 72 ff.

3) Vgl. S. 2o8 ff.

§ 16 nur vertragliche Preisbindungen meint, in der Entstehungsgeschichte der §§ 15 und 16 ihre Bestätigung. Diese beiden Vorschriften haben ihr Vorbild in der Kartellnotverordnung vom 26.7.193o und der Ausführungsverordnung vom 3o.8.193o [1]. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der Begründung zum GWB [2], welche die einschlägigen Vorschriften auszugsweise wiedergibt. In § 1 Abs. 1 b der Kartellnotverordnung und § 1 Abs. 2 der Ausführungsverordnung findet sich die Wortfassung " rechtlich oder wirtschaftlich beschränken ", die ihrem Sinn und Zweck nach dem Wortlaut des § 16 " rechtlich oder wirtschaftlich binden " entspricht und ersichtlich als Vorbild für § 16 gedient hat. Unter dieser Wortfassung hat der damalige Gesetzgeber aber nur die beiden Vertragssysteme: nämlich die Reversverpflichtungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen verstanden, wobei innerhalb der allgemeinen Geschäftsbedingungen auch die vorkommenden wirtschaftlichen Bindungen ohne rechtliche Verpflichtungen miterfasst werden sollten [3]. Hieraus muss geschlossen werden, dass der Gesetzgeber des GWB ebenfalls nur diese beiden vertraglichen Möglichkeiten durch § 16 erfassen wollte, während rein tatsächliche Wettbewerbsbeschränkungen in §§ 25 ff. behandelt sind. Begrenzt man die unmittelbare Anwendung des § 16 auf vertragliche Preisbindungen, so ergibt sich die weitere Frage, ob § 16 auch auf rein tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen gem. §§ 25, 38 Abs. 2 S. 2 entsprechend angewendet werden kann.

Der BGH hat diese Frage für Preisempfehlungen mit faktischer Bindung und damit wohl auch für tatsächliche Preisbindungen, wenn diese Markenwaren betreffen, be-

---

1) Vgl. S. 32 ff.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1o.

3) Vgl. S. 34 und Schreiben des Reichswirtschaftsministers an den damaligen Reichsverband der deutschen Industrie, in Müllensiefen-Dörinkel, aaO, S. 13 ff.

jaht [1] mit der Begründung, es entspreche einmal der bisherigen Rechtsentwicklung, dass Preisempfehlungen, die den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie vertragliche Preisbindungen herbeizuführen geeignet sind, auch rechtlich entsprechend behandelt werden müssten, also auch unter den gleichen Voraussetzungen für zulässig angesehen werden müssten; es könne auch nicht der Sinn des Gesetzes sein, vertragliche vertikale Preisbindungen für Markenwaren zuzulassen, aber die weniger einschneidenden vertikalen Preisempfehlungen ohne die Möglichkeit der Legalisierung zu verbieten, wodurch die Hersteller von Marken dazu veranlasst würden, von der Preisempfehlung zur vertraglichen Preisbindung überzugehen; schliesslich widerspreche es auch dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken und der allgemeinen wirtschaftspolitischen Zielsetzung, wenn den wirtschaftlich schwächeren Unternehmen, die keine vertraglichen Preisbindungen durchsetzen könnten, die entsprechende Wohltat für Preisempfehlungen versagt bliebe [2]. Obwohl die Auffassung des BGH einer gerechten wirtschaftlichen Behandlung zwar rechtlich unterschiedlicher, jedoch im wirtschaftlichen Ergebnis gleicher Verhaltensweisen im Wettbewerb entspricht, ergeben sich beachtliche Bedenken [3], die im folgenden nicht unerwähnt bleiben sollen. Wie bereits erörtert, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut der §§ 15 und 16, dass der Gesetzgeber die Ausnahmevorschrift des § 16 bewusst auf vertragliche Preisbindungen beschränkt wissen wollte [4]. Die Mög-

---

1) Der BGH spricht an einer Stelle von "Preisempfehlungen mit ihrer nur tatsächlichen Preisbindung" und setzt damit diese beiden Begriffe gleich, vgl. hierzu S.11o ff.

2) Vgl. auch im Schrifttum: Löffler-Glaser: Erstreckt sich das Kartellprivileg der Markenfirmen und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen?, in Betriebsberater 1958, S. 335; Loos, Empfehlungen ... , aaO, S. 176 ff.; Lutz, aaO, S. 129; Leimann, aaO, S. 1117; Schwartz, Meinungsstreit ... , aaO, S. 512.

3) Vgl. die grundsätzlichen Ausführungen bei Strickrodt, Georg: Verfassungskonforme Gesetzesauslegung im Kartellrecht, Teil I, in Der Betrieb 1959, S. 1o4 ff.

4) Davon geht auch der BGH in seiner Entscheidung aus.

lichkeit, auch tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen durch Anmeldung gem. § 16 Abs. 4 zur Zulässigkeit zu verhelfen, hat der Gesetzgeber durchaus gesehen, jedoch nicht verwirklicht [1]. Weiter spricht die Behandlung der tatsächlichen Preisbindungen und Preisempfehlungen als selbständige Wettbewerbsbeschränkungen bzw. wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen dafür, dass der Gesetzgeber vertragliche und tatsächliche Preisbindungen bzw. Empfehlungen einer unterschiedlichen rechtlichen Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit unterwerfen wollte. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der unterschiedlichen rechtlichen Form, ihrem Inhalt und ihrer methodischen Behandlung. Während z.B. vertragliche Preisbindungen gem. § 34 schriftlich abzufassen sind und auf übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der bindenden und gebundenen Unternehmen beruhen, stellen tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen tatsächliche Einwirkungen dar, die einseitige Massnahmen des preisbindenden Unternehmens beinhalten. Zwischen vertraglichen Preisbindungen einerseits und tatsächlichen Preisbindungen und Preisempfehlungen andererseits besteht deshalb auch kein rechtliches maius - minus - Verhältnis, sondern ein aliud - Verhältnis [2]. Es handelt sich um zwei verschiedene Tatbestandsgruppen von Wettbewerbsbeschränkungen, die in ihrem wirtschaftlichen Erfolg gleichgeartet sind.

Das Fehlen einer ausdrücklichen Ausnahmebestimmung im Sinne § 16 Abs. 4 für vertikale tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen kann somit nicht als eine Lücke des Gesetzgebers gedeutet werden, die aus diesem Grunde schon im Wege des Analogieschlusses

---

1) Dies geht auch aus den Frörterungen des Bundestags über vertikale Preisempfehlungen hervor; vgl. die 222. Sitzung des Bundestags, veröffentlicht in Müller-Henneberg-Schwartz, Gemeinschaftskommentar, aaO, S. 1218 ff.

2) Vgl. auch die Ausführungen des Bundeskartellamtes in Betriebsberater 1958, S. 1275.

ausgefüllt werden könnte [1]. Vielmehr soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Verfahrensvorschrift des § 16 Abs. 4 in restriktiver Anwendung nur auf vertragliche Preisbindungen Anwendung finden. Aufgabe des Gesetzgebers wäre es deshalb in erster Linie, einer den allgemeinen Grundsätzen gerechter und gleichmässiger Behandlung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen entsprechenden gesetzlichen Regelung Rechnung zu tragen.

Der BGH hat trotz des ersichtlich entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers aus dem allgemeinen Grundgedanken des Rechts, insbesondere einer gerechten Behandlung gleichgearteter wettbewerblicher Verhaltensweisen unter Berücksichtigung der allgemeinen Zielsetzung des GWB die Anwendung des § 16 auch auf tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen befürwortet. Es bleibt zu untersuchen, inwieweit die Gründe des BGH eine solche Anwendung des § 16 rechtfertigen können.

Soweit der BGH in der Unzulässigkeit vertikaler tatsächlicher Preisbindungen bei Markenwaren einen Bruch mit der bisherigen Rechtsentwicklung sieht, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Entwicklung des Rechts gegen vertikale Preisbindungen vor 1945 stand weniger unter dem Gesichtspunkt einer generellen Regelung, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und den freien Wettbewerb aufrechtzuerhalten, als vielmehr im Zeichen individueller Eingriffsmöglichkeiten aus preispolitischen Gründen zur Behebung zeitweiliger Notstände.Die

---

1) Hier kann Benisch, Zur Rechtslage ..., aaO, S. 11 nicht gefolgt werden, der nicht nur eine solche gesetzgeberische Lücke annimmt, sondern meint, der Gesetzgeber habe vertikale Preisempfehlungen als " Individualempfehlungen " überhaupt nicht verbieten wollen. Vgl. hierzu S. 128 f. Der Begriff der Individualempfehlung im Schriftl. Bericht ist nicht im Sinne vertikaler Preisempfehlungen, sondern als Empfehlung zwischen zwei Einzelunternehmen zu verstehen.

Kartellnotverordnung diente den §§ 15 und 16 zwar als Vorbild für die tatbestandsmässige Erfassung der Arten vertraglicher Preisbindungen. Von einer gleichen Rechtslage und Zielsetzung der Gesetze kann aber nicht gesprochen werden [1]. Vertikale Preisbindungen waren grundsätzlich zulässig. Die Gleichbehandlung von vertraglichen und tatsächlichen Preisbindungen sowie Empfehlungen kam deshalb nur hinsichtlich des Untersagungsrechts wegen des gleichen wirtschaftlichen Erfolges in Frage. Eine gleiche rechtliche Beurteilung als Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere hinsichtlich in Frage kommender Ausnahmetatbestände kann hieraus nicht abgeleitet werden. Unter dem Dekartellierungsrecht wurden vertikale Preisbindungen erstmalig unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsbeschränkungen behandelt und tatsächliche Preisbindungen sowie Empfehlungen, soweit sie eine den vertraglichen Preisbindungen vergleichbare Wirkung hatten, als Umgehungshandlungen letzteren gleichgesetzt [2]. Der Willner-Brief [3] hat sich ebenfalls nur ersichtlich auf vertragliche Preisbindungen bezogen und diese für zulässig erklärt. Die Frage, ob unter diesem Brief auch vertikale Preisempfehlungen fielen, wurde unter der Herrschaft des Dekartellierungsrechts von der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis und im Schrifttum nicht behandelt. Selbst wenn man, wie der BGH jetzt, die Meinung vertritt, Empfehlungen hätten als Umgehungshandlungen ebenso wie vertragliche Preisbindungen als vom Verbot befreit gelten müssen, kann man nicht von einer klaren historischen Rechtsentwicklung sprechen, deren logische Fortentwicklung im GWB in Befolgung allgemeiner Rechtsgrundsätze garantiert sein müsste. Das GWB stellt in der rechtssystematischen Behandlung vertikalen tatsächlichen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens überwiegend erst den Beginn einer Rechtsentwicklung dar.

---

1) Vgl. S. 32 ff.

2) Vgl. z.B. BGHSt Bd. 5, S. 218, 225.

3) Vgl. S. 4o ff.

Hingegen kommt den Gründen des BGH, soweit sie die wirtschaftliche Sinngebung des GWB und die Verwirklichung der Idee einer gerechten Behandlung gleichgearteter wirtschaftlicher Verhaltensweisen anführen, für die vorliegende Frage und darüber hinaus auch als allgemeinen Auslegungsgrundsatz des GWB entscheidende Bedeutung zu. Zwar kann dem BGH nicht gefolgt werden, wenn er tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen generell gegenüber vertraglichen Preisbindungen als weniger einschneidende Wettbewerbsbeschränkungen und der Zielsetzung des GWB als weniger zuwiderlaufend bezeichnet. Im gleichgearteten wirtschaftlichen Ergebnis, nämlich der Beseitigung der tatsächlichen Funktionen des Wettbewerbs, können beide Formen in ihrer Intensität durchaus gleich sein. Auch die Mittel sind in ihrer qualitativen Auswirkung auf die Entschliessungsfreiheit oft dieselben, ob sie nun rein tatsächlich ausgeübt oder im Vertrag angekündigt werden.

Die wirtschaftliche Sinngebung des § 16 und des GWB überhaupt gestattet jedoch eine Anwendung der Vorschrift auch auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen. Im § 16 stellt das Gesetz den Grundsatz der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs zu Gunsten bestimmter volkswirtschaftlicher Nützlichkeitserwägungen zurück [1]. Es will bei Markenwaren den für den Wettbewerb und die Güte der Marke verantwortlichen Unternehmen die Sicherung eines festen Preises gegenüber den Verbrauchern gestatten. Damit wird den Markenwarenunternehmen die Möglichkeit gegeben, die Wiederverkaufspreise im Wege der Bindung festzusetzen, ohne dass das Gesetz den Gebrauch einer bestimmten Bindungsform positiv vorgeschrieben hätte. Die einzelnen Möglichkeiten der Sicherung bestimmter Wiederverkaufspreise müssen vielmehr als gleichberechtigt angesehen werden, wenn nicht überwiegende Belange die Anwendung einzelner wettbewerbsbeschränkender Formen ausschliessen. Auch nach den jeweiligen wirtschaftlichen Gegebenheiten und den im Wettbewerb gewachse-

---

1) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 162 ff. 165.

nen Formen muss es den Unternehmen möglich sein, die jeweilig wirtschaftlich zweckmässigste Form zur Durchsetzung der Preisbindung zu wählen. Es wäre deshalb in der Tat, wie der BGH annimmt, mit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des § 16 nicht vereinbar, wollte man nur die vertraglichen Bindungen zulassen, mit der Folge, dass nur die wirtschaftlich stärkeren Hersteller, die in der Lage sind, eine vertragliche Bindung gegenüber den Abnehmern durchzusetzen, feste Preise durchführen könnten, während schwächeren Herstellern ihre wirtschaftlich adäquate Form tatsächlicher Preisbindungen oder Preisempfehlungen die Rechtsgültigkeit versagt bliebe. Ebenso liegt es weder in der Zielsetzung noch im Interesse des Gesetzes, die Markenwarenunternehmen sämtlich zu veranlassen, zur vertraglichen Preisbindung ohne Rücksicht auf die individuellen wirtschaftlichen Belange überzugehen. Die allgemeine Betätigungs- und Vertragsfreiheit der Wirtschaftssubjekte erleidet nur soweit eine Einschränkung, als dies im Interesse der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs notwendig ist. Gestattet das Gesetz den Markenwarenunternehmen die Preisbindung, so wird es dies im Interesse des volkswirtschaftlichen Nutzens in der jeweils wirtschaftlich zweckmässigen Form zulassen müssen, jedoch nicht in die Form vertraglicher Bindungen zwingen dürfen.

Die Anwendung des § 16 als massgebende Norm auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen ist auch aus Gründen einer gerechten und gleichmässigen Behandlung wirtschaftlich gleichgearteter und gleichzubewertender wettbewerblicher Verhaltensweisen geboten [1]. Vertragliche und tatsächliche Preisbindungen sowie Preisempfehlungen führen zum gleichen wirtschaftlichen Erfolg, nämlich zur Ausschaltung des freien Wettbewerbs als Institution in einem bestimmten Umfange.

---

1) Es handelt sich somit neben einer wirtschaftspolitischen um eine verfassungskonforme Auslegung des GWB, vgl. Strickrodt, Verfassungskonforme Gesetzesauslegung ..., aaO, S. 1o4 ff.

Die rechtlichen und wirtschaftlichen Mittel zur Erreichung dieses Erfolges sind zwar verschieden: bei Preisbindungen durch Beschränkung der individuellen Entschliessungsfreiheit im Wege rechtlicher Verpflichtung oder tatsächlicher Massnahmen, bei Preisempfehlungen durch Beeinflussung im Wege des Rates bis zur Aufforderung. Diese unterschiedlichen Mittel rechtfertigen jedoch nur eine unterschiedliche Methode in der rechtlichen Behandlung [1]. Die materiellrechtliche Rechtsgültigkeit einer Wettbewerbsmassnahme innerhalb des GWB, ihr wirtschaftlicher Wert oder Unwert, beurteilt sich allein nach der Wirkung auf die durch das GWB zu sichernde freie Wettbewerbsordnung und die damit verbundenen Zielsetzungen des Gesetzes. In diesen Wirkungen sind aber vertikale Preisbindungen und Preisempfehlungen als gleich zu betrachten. Sie rechtfertigen keine Schlechterstellung von tatsächlichen Preisbindungen und Preisempfehlungen, die insbesondere den wirtschaftlich schwächeren Teil der Markenwarenpreisbindungen betreffen würde.

Der Anwendung des § 16 auf tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen stehen keine überwiegenden Interessen entgegen. § 16 Abs. 4 verlangt zwar die Behördenpublizität durch Anmeldung der Preisbindungen unter Angabe der Abgabepreise und Handelsspannen. Diesem Erfordernis kann aber auch bei tatsächlichen Preisbindungen und Preisempfehlungen durch Meldung der tatsächlich gebundenen bzw. empfohlenen Preise Rechnung getragen werden [2].

Bedenken werden aus § 34 hergeleitet, weil das Gesetz dort die Schriftform für vertikale Preisbindungsverträge gem. § 16 vorsieht. Diese Vorschrift kann zwar in direkter Anwendung nur bei vertraglichen Preisbindungen, nicht bei einseitigen tatsächlichen Preisbin-

---

1) Vgl. Begründung, aaO, Allg. Überblick über Aufbau und Inhalt des Gesetzes.

2) Vgl. Benisch, Zur Rechtslage ... , aaO, S. 12.

dungen und Empfehlungen, zur Anwendung kommen. Der Zweck des § 34 reicht jedoch nicht aus, um die Anwendung des § 16 auf tatsächliche Preisbindungen auszuschliessen. § 34 dient nicht so sehr dem Schutz vor übereilter Vornahme von Geschäften, als vielmehr den Beweismöglichkeiten für den Abschluss von Rechtsgeschäften [1]. Die Sicherung der Beweismöglichkeiten kann durch die Behördenpublizität und durch die Auferlegung der Beweislast auf das preisbindende bzw. preisempfehlende Unternehmen gewahrt werden. Soweit der Schutz vor übereilter Vornahme von Rechtsgeschäften in Frage steht, so steht dem der Sinn und Zweck des § 16 entgegen, den Markenwarenunternehmen aus wirtschaftlichen Allgemeininteressen unter Einschränkung der individuellen Wettbewerbsfreiheit die Bindung von Wiederverkaufspreisen zu gestatten.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass § 16 auch als massgebende Ausnahmevorschrift auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen Anwendung findet [2].

III. Vertikal preisbindende Markenwarenunternehmen unterliegen dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2, wonach Unternehmen, die Preise nach § 16 binden, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln dürfen [3]. Die Ausdehnung des all-

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 27.

2) Hiervon werden jedoch nur Markenwaren und Verlagserzeugnisse betroffen, nicht jedoch gewerbliche Leistungen, weil für diese § 16 auch nicht direkt gilt.

3) Auf die einzelnen Voraussetzungen und Probleme des § 26 Abs. 2 kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Es werden nur die Berührungspunkte mit der Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen erörtert.

gemeinen Diskriminierungsverbotes des § 26 Abs. 2 [1] auf Einzelunternehmen des § 16 [2] wird mit der Tatsache begründet, dass preisbindenden Markenwarenunternehmen durch die Ausschaltung des Wettbewerbs auf den Abnehmerstufen in eine den marktbeherrschenden Unternehmen ähnliche Marktlage versetzt werden.

1) Unbestritten kommt § 26 Abs. 2 bei denjenigen Markenwarenunternehmen zur Anwendung, die vertragliche vertikale Preisbindungen vereinbart haben, da § 26 Abs.2 direkt auf § 16 und die dortige Regelung Bezug nimmt. Fraglich ist aber, ob § 26 Abs. 2 auch auf tatsächlich preisbindende oder preisempfehlende Unternehmen zutreffen kann [3]. Der § 26 Abs. 2 bezieht sich dem Wortlaute nach auf Unternehmen, die Preise nach § 16 binden. Er will demnach vollinhaltlich diejenigen Unternehmen treffen, deren vertikale Preisbindungen ausnahmsweise trotz der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung erlaubt sind und ihnen zum Schutze der preis- und warenmässig von ihnen abhängigen Abnehmer ein Diskriminierungsverbot auferlegen. Zwar hatte der Gesetzgeber, wie aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 16 [4] hervorgeht, wohl nur vertragliche vertikale Preisbindungen im Auge. Dieser gesetzgeberische Wille reicht jedoch nicht aus, um eine Beschränkung des Diskriminierungsverbotes auf vertragliche Preisbindungen zu begründen. Einer solchen Auslegung würde der Sinn und Zweck des § 26 Abs. 2 entgegenstehen. Der § 26 Abs. 2 dient dem Schutze der Abnehmer, auf deren Wirtschaftsstufen in rechtlich zulässiger Weise die Dispositionsfreiheit bezüglich einer bestimmten Markenware beschränkt oder

---

1) § 26 Abs. 1 findet auf vertikale Preisbindungen keine Anwendung, vgl. S. 1o4.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 23.

3) Vgl. BGH in WuW 1958, S. 791, der diese Frage dahingestellt sein lässt.

4) Vgl. S. 189 ff.

zumindest dergestalt beeinflusst ist, dass der Wettbewerb mit dieser Markenware beseitigt ist [1]. Die hierdurch herbeigeführte wirtschaftliche Abhängigkeit der Abnehmer von der Disposition des preisbindenden Unternehmens soll vor Diskriminierungen geschützt werden. Die wirtschaftlichen Auswirkungen gem. § 16 rechtlich zulässiger tatsächlicher Preisbindungen und Preisempfehlungen sind den vertraglichen Preisbindungen durchweg gleich oder ähnlich zu erachten. Sie führen ebenfalls über die Beschränkung oder Beeinflussung der Dispositionsfreiheit der Abnehmer zur Ausschaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs auf den Verteilerstufen. Die Schutzvorschrift des § 26 Abs.2 muss demnach gemäss ihrem massgebenden Sinn und Zweck in extensiver Auslegung auf alle jenen vertikal preisbindenden bzw. preisempfehlenden Unternehmen angewendet werden, denen die Ausnahmevorschrift des § 16 als massgebende Rechtsnorm zugute kommt. Hätte der Gesetzgeber auch tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen ausdrücklich als gem. § 16 zulässig angesehen, so kann ohne berechtigte Zweifel davon ausgegangen werden, dass er dann auch diese erlaubten wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen der Kontrolle des Diskriminierungsverbotes unterworfen hätte. Schliesslich sprechen die bereits erörterten allgemeinen Rechtsgedanken der gerechten und gleichmässigen Behandlung wirtschaftlich gleichgearteter wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen für die Anwendung des § 26 Abs. 2 auf tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen. In der Tat widerspräche es diesem allgemeinen Rechtsgedanken, wollte man tatsächlichen Preisbindungen und Empfehlungen nur die Begünstigung des § 16 ohne die begrenzte Vorschrift des § 26 Abs. 2 zugute kommen lassen.

Der Anwendbarkeit des § 26 Abs. 2 stehen auch keine durchgreifenden Bedenken der praktischen Durchführbarkeit entgegen. Der Inhalt tatsächlicher Preisbindungen

---

1) Vgl. S. 2oo Anm. 2.

und Empfehlungen kann in gleicher Weise, wie es bei vertraglichen Preisbindungen der Fall ist, dem Diskriminierungsverbot Rechnung tragen, indem das bindende Unternehmen die Abnehmer der Markenware nicht mittelbar oder unmittelbar entweder unbillig behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt [1]. Auf eine Verletzung des § 26 Abs. 2 lassen sich tatsächliche Wettbewerbsbeschränkungen, die der Behördenpublizität gem. § 16 Abs. 4 genügen, auch in einer ausreichenden Weise nachprüfen. Zwar ist die gleichmässige Einhaltung der Preise bei tatsächlichen Bindungen und Empfehlungen nicht kraft rechtlicher Verpflichtung durchsetzbar. Es genügt jedoch nach dem Wortlaut und Zweck des § 26 Abs. 2, wenn das bindende oder empfehlende Unternehmen in gleicher tatsächlicher Weise für eine, die Diskriminierung ausschliessende Behandlung seiner Abnehmer Sorge trägt [2]. Ist dies der Fall, so kommt die Anwendung des § 26 Abs. 2 nicht in Frage. Ein rechtsgeschäftlich vereinbartes und rechtlich durchsetzbares vertikales Preisbindungssystem hinsichtlich der gelieferten Markenware verlangt § 26 Abs. 2 nicht. Erfolgt die Behandlung der Abnehmer bezüglich der Markenware in gleicher Weise, so kann es nicht darauf ankommen, um welche Art von wettbewerbsbeschränkenden Verhalten - rechtlich oder tatsächliche Beschränkung, Bindung oder Empfehlung - es sich handelt.

2) Die Vorschrift des § 26 Abs. 2 stellt inhaltlich eine Einschränkung der Zulässigkeit des wettbewerbsrelevanten Geschäftsgebahrens für das gem. § 16 preisbindende oder empfehlende Unternehmen gegenüber den

---

1) Z.B. alle belieferten Abnehmer in inhaltlich übereinstimmender Weise bindet und sich auch selbst, etwa bei Direktverkäufen, an diese Bindung hält.

2) Anderer Ansicht offenbar Benisch, Zur Rechtslage, aaO, S. 12, der in der rechtlichen Durchsetzbarkeit der Lückenlosigkeit eine Voraussetzung des § 26 Abs. 2 sieht.

unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern [1] dar [2]. So kann eine Diskriminierung sowohl in der völligen Verweigerung des Geschäftsverkehrs mit bestimmten Abnehmern [3] liegen, als auch die Gestaltung der Preise und deren Bestandteile (Rabatte), Konditionen, Absatzgebiete, Qualitäten oder die Auferlegung besonderer Pflichten (etwa die Weitergabe einer vertikalen Preisbindung) betreffen [4]. Die Wettbewerbstatbestände des Boykotts und der Diskriminierung bilden einen besonderen Problemkreis; im folgenden soll deshalb nur eine Abgrenzung zur Frage der Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen vorgenommen werden.

Die Prüfung, ob § 26 Abs. 2 zur Anwendung kommt, ist erst dann erforderlich, wenn eine autonome vertikale Preisbindung nach § 16 zur Rechtsgültigkeit gelangt. Vor diesem Zeitpunkt sind vertikale Preisbindungen und Empfehlungen schon nach §§ 15, 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 S. 2 verboten. Für eine Anwendung des § 26 Abs. 2 ist in diesem Fall nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift kein Raum [5], weil die Wiederverkaufspreise auf den Abnehmerstufen noch nicht rechtsgültig gebunden sind, sondern ebenso wie bei markenlosen Waren der Dispositionsfreiheit der Abnehmer unterliegen. Diskriminierungsklauseln im Sinne des § 26 Abs. 2, welche die Bindung der Wiederverkaufspreise und der Geschäftsbedingungen betreffen, unterliegen dann noch den allgemeinen Verboten der §§ 15, 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 S. 2 [6]; im übrigen bleibt es Einzelunter-

---

1) Den Abnehmern der weiter nachfolgenden Wirtschaftsstufen.

2) Diskriminierungen gegenüber Mitbewerbern, die auch unter § 26 Abs. 2 fallen, kommen aber für vertikale Preisbindungen nicht in Betracht.

3) Zur Frage des Kontrahierungszwangs für preisbindende Markenwarenunternehmen, vgl. Schwartz, Gustav: Kontrahierungszwang für preisbindende Markenartikelhersteller?, in MA 1958, S. 51.

4) Vgl. Benisch, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 26, Anm. 44 ff. und Beschluss des Bundeskartellamtes vom 27.9.1958 (Alpenmilch) in WuW 1958, S. 630.

5) Anders, wenn es sich um marktbeherrschende Unternehmen oder Kartelle gem. § 26 Abs. 2 handelt.

6) Vgl. Benisch, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 26, Anm. 54:

nehmen unbenommen, die unmittelbaren Abnehmer im Geschäftsverkehr unterschiedlich zu behandeln [1], wenn deren Preisgestaltungsfreiheit gegenüber Dritten nicht beschränkt wird.

Fraglich ist, ob und inwieweit das Fehlen diskriminierender Behandlung nach § 26 Abs. 2 eine materiellrechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Empfehlungen gem. § 16 darstellt. Der § 26 Abs. 2 beinhaltet ein materiellrechtliches Verbot, welches nicht nur im Falle der Verletzung zu einer Ordnungswidrigkeit gem. § 38 Abs. 1 Nr. 8 führt, sondern seinem Wortlaut und Zweck nach auch die materielle Rechtsgültigkeit diskriminierender Behandlung verhüten will. Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut, in dem es heisst: " Unternehmen, die Preise nach § 16 binden, dürfen nicht ". Die Formulierung " dürfen nicht " enthält ein materiellrechtliches Verbot. Sie entspricht der gleichlautenden Fassung des § 25 und ist auch in gleicher Weise zu behandeln. Auf Grund der gesetzlichen Fassung " dürfen nicht " könnte man annehmen, dass § 26 Abs. 2 keine rechtsgeschäftliche Nichtigkeit wie etwa § 15 zur Folge hat, sondern die Verhütung diskriminierender Behandlungen nur auf dem Wege materiellrechtlicher Ge- und Verbote vornimmt. Die Behandlung der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen ist für den Gesetzgeber aber letztlich nur eine Frage der Methode gewesen. Entscheidend für die Auslegung des rechtlichen Gehalts des § 26 Abs. 2 ist deshalb sein Sinn und Zweck § 26 Abs. 2 will diskriminierendes Verhalten vertikal preisbindender Unternehmen zum Schutze der geburdenen Abnehmer der nachfolgenden Wirtschaftsstufen verhüten, indem es solches Verhalten verbietet und damit allgemein die Anerkennung der Rechtsordnung hierfür versagt, mag es sich dabei um rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Verhaltensweisen handeln. Die Versagung der Rechtsgültigkeit kann für die gesamte Rechtsordnung nur eine einheitliche sein. Es würde dem Zweck des § 26 Abs. 2

---

1) Vgl. Begründung, aaO, zu § 25.

nicht entsprechen, wenn eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Diskriminierung zwar verboten wäre und dem Diskriminierten Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gäbe, jedoch als zivilrechtlich wirksam von der Rechtsordnung anerkannt werden würde, mit der Folge, dass die rechtlichen Verpflichtungen zur Diskriminierung zwischen den Vertragsparteien wirksam blieben.

Werden somit Diskriminierungen in vertikalen Preisbindungsverträgen vereinbart, so verstösst das preisbindende Unternehmen nicht nur gegen das gesetzliche Verbot gem. §§ 26 Abs. 2, 38 Abs. 1 Nr. 8; die Vorschrift des § 26 Abs. 2 versagt der diskriminierenden Vereinbarung ebenfalls die zivilrechtliche Rechtsgültigkeit mit der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB [1]. Die Nichtigkeitsfolge trifft hierbei jedoch nur den diskriminierenden Bestandteil des Vertrages und lässt aus denselben Gründen, die bereits bei der zivilrechtlichen Wirkung des Preisbindungsverbotes des § 15 erörtert wurden [2], die übrigen Vertragsbestandteile unberührt. Hieraus folgt, dass vertikale vertragliche Preisbindungen insoweit nichtig und tatsächliche Preisbindungen sowie Preisempfehlungen insoweit verboten sind, als die Bindung oder Empfehlung in gem. § 26 Abs. 2 diskriminierender Weise geschieht: Wenn nämlich unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 die eingeführte Preisbindung in sachlich nicht gerechtfertigter Weise nur einen Teil der belieferten gleichartigen Unternehmen auferlegt wird, während die anderen in ihrer Preisgestaltung frei bleiben oder die gebundenen Preise sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede innerhalb gleichartiger Unternehmen aufweisen [3]. Immer muss sich aber die Diskriminierung auf die Preisbindung

---

1) Daneben ergeben sich Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gem. § 35 GWB, da § 26 Abs. 2 dem Schutz der diskriminierten Unternehmen dient. Vgl. Benisch, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 26, Anm. 53.

2) Vgl. S. 74 ff.

3) Vgl. über die einzelnen Voraussetzungen des Diskriminierungstatbestandes, die hier nicht weiter erörtert werden sollen: Benisch, in Gemeinschaftskomm., aaO, zu § 26, Anm. 34 ff.

bzw. Empfehlung beziehen. Betrifft sie nicht die Preisbindung, sondern andere wettbewerbliche Verhaltensweisen, etwa Vertriebsbindungen, so bleibt die vertikale Preisbindung für Markenwaren von vornherein wirksam, sie kann höchstens unter den Voraussetzungen des § 17 von der Kartellbehörde für unwirksam erklärt werden [1].

Durch das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 wird somit die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Empfehlungen für Markenwaren eingeschränkt.

Löffler - Thümmel [2] kann nicht gefolgt werden, wenn sie meinen, dass gegen die Zulässigkeit unterschiedlich festgesetzter, gebundener Preise, d.h. gespaltener Preise für Markenwaren,aus § 16 in jedem Falle keine rechtlichen Bedenken hergeleitet werden können. Zwar stellt § 16 selbst nicht das Erfordernis der Gleichmässigkeit gebundener Preise auf; § 16 gibt als Ausnahmevorschrift von § 15 nur an, unter welchen positiven Voraussetzungen ein Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Abnehmer möglich ist. Gespaltene Preise können jedoch unter den Voraussetzungen des § 26 Abs. 2, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt sind [3], die Unzulässigkeit vertikaler Preisbindungen gem. §§ 26 Abs. 2, 16 begründen.

Unter dem Gesichtspunkt des § 26 Abs. 2 kann ebenfalls eine ohne sachliche Rechtfertigung ungleichmässig und lückenhaft durchgeführte vertikale Preisbindung bzw. Empfehlung ihre Unzulässigkeit begründen [4]. Linhardt-

---

1) Vgl. S. 227 ff.

2) Löffler-Thümmel: Sind gespaltene Preise zulässig? , in Betriebsberater 1957, S. 1o94 ff.

3) Die sachliche Rechtfertigung kann jedoch bei regionalen kostenmässigen Unterschieden begründet sein. Vgl. auch Brief des Vorsitzenden der 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 28.12.1959, in WuWE, Teil II, BKartA 143.

4) Auch das preisbindende Unternehmen selbst kann durch Direktverkäufe an Letztverbraucher den gebundenen Handel diskriminieren.

Stöhr und Schwartz [1] vertreten in diesem Zusammenhang deshalb die Auffassung, die Frage der lückenlosen Einführung und ernsthaften Durchführung und Überwachung der vertikalen Preisbindungssysteme sei nicht mehr wie bisher nur eine Frage der Wirksamkeit vertikaler Preisbindungen als Preisschutzsysteme nach § 1 UWG und § 826 BGB, sondern kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung vertikaler Preisbindungen. Diese Auffassung kann jedoch nicht geteilt werden, wenn man berücksichtigt, dass die lückenlose Einführung und Durchführung vertikaler Preisbindungen als Preisschutzsysteme nach § 1 UWG in ihren Voraussetzungen erheblich von den Erfordernissen der §§ 26 Abs. 2, 16 GWB abweichen. Ein Schutz zulässig gebundener Markenwarenpreise gem. §§ 1 UWG und 826 BGB setzt nach der übereinstimmenden Meinung in Schrifttum [2] und Rechtsprechung [3] voraus, dass das Preisbindungssystem lückenlos eingeführt ist, d.h. die Abnehmer zur Preiseinhaltung rechtlich verpflichtet sind und ausserdem ernsthaft durchgeführt und überwacht wird. Demgegenüber ist für § 26 Abs. 2 eine rechtliche Bindung der Preiseinhaltung nicht erforderlich, es genügen auch lückenlos durchgeführte tatsächliche Bindungsmassnahmen oder Empfehlungen. Entscheidend ist nur, dass die Behandlung der Abnehmer durch das preisbindende Unternehmen in sich gleichmässig ist und keine ungerechtfertigten Unterschiede aufweist. Auch kann es bei § 26 Abs. 2 in der kartellrechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit nicht entscheidend darauf ankommen, dass das preisbindende Unternehmen für die erfolgreiche Durchsetzung des Preisbindungssystems Sorge tragen muss und verantwortlich ist. Ein solches Erfordernis würde den Zweck des Diskriminierungsverbotes übersteigen. Schliesslich sind auch die konkreten materiellrechtlichen Anforderungen an die Lückenlosigkeit und Gleichmässigkeit im Sinne

---

1) Vgl. Linhardt-Stöhr, aaO, S. 1o21 ff.; Schwartz in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 16, Anm. 6o.

2) Vgl. Reimer, aaO, S. 5[illegible]9; Baumbach-Hefermehl, aaO, zu § 1 UWG, Anm. 231.

3) Vgl. RGZ Bd. 133, S. 51 und Bd. 151, S. 239 sowie BGH in WuW 1958, S. 191.

von § 26 Abs. 2 andere als beim Preisschutz nach § 1 UWG. Während beim Preisschutz nach dem UWG grundsätzlich jede erhebliche Lückenhaftigkeit genügt, um die Wirksamkeit des vertikalen Preisbindungssystems auszuschliessen, braucht eine solche nach § 26 Abs. 2 die Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen nicht zu verhindern, wenn die unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt ist oder es sich um keinen Geschäftsverkehr handelt, der gleichartigen Unternehmen in üblicher Weise zugänglich ist. Voraussetzung der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen ist demnach nur eine Lückenlosigkeit und Gleichmässigkeit im Sinne § 26 Abs. 2.

Das Fehlen diskriminierender Verhaltensweisen nach § 26 Abs. 2 überhaupt ist neben den in § 16 genannten Erfordernissen eine negative Zulässigkeitsvoraussetzung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen.

§ 19 : Die Schriftform und die Anmeldung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen

Als formelle Gültigkeitsvoraussetzungen vertikaler Preisbindungen kennt das GWB einmal gem. § 34 die Schriftform von Verträgen der in § 16 bezeichneten Art sowie gem. § 16 Abs. 4 die Anmeldung von Preisbindungen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 beim Bundeskartellamt nebst schriftlicher Bestätigung des Eingangs der Anmeldung. Beide Voraussetzungen haben ihre eigenständige Bedeutung und besonderen Sinn und Zweck, sie müssen deshalb kumulativ vorliegen, um die Rechtsgültigkeit zu begründen [1]. Auch bei Wahrung der Schriftform ist deshalb ein vertikaler Preisbindungsvertrag über Markenwaren unwirksam, so lange die Anmeldung und Bestätigung gem. § 16 Abs. 4 nicht erfolgt ist; umgekehrt darf eine Anmeldung und Bestätigung durch die Kartellbehörde nicht bewirkt werden, wenn das Erfordernis der Schriftform nicht gegeben ist. Die Anmeldung und Bestätigung durch die Kartellbehörde kann den Mangel der

---

1) [illegible], [illegible], S. 14 .

Schriftform auch nicht heilen. Die rechtliche Wirkung der Anmeldung und Bestätigung des § 16 Abs. 4 auf den Preisbindungsvertrag kann - ebenso wie analog in den Fällen einer behördlichen Genehmigung [1] - nur soweit gehen, als der Vertrag wegen des Erfordernisses der Anmeldung und Bestätigung nicht wirksam werden konnte. Eine Heilung sonstiger Mängel in den materiellen oder formellen Rechtsgültigkeitsvoraussetzungen liegt auch nicht im Zweck der Vorschrift des § 16 Abs. 4, der vor allem die Behördenpublizität der erlaubten Preisbindungen und die Missbrauchskontrolle des § 17 sicherstellen will.

I. Das Erfordernis der Schriftform für vertikale Preisbindungen für Markenwaren ergibt sich aus § 34, wo es heisst, dass Verträge, die Beschränkungen der in § 16 bezeichneten Art enthalten, schriftlich abzufassen sind. Die Unterwerfung vertikaler Preisbindungen unter das Erfordernis der Schriftform entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Zwar beruht die Begründung [2] insoweit auf einem rechtlichen Irrtum, als sie davon ausgeht, dass die Schriftform für vertikale Preisbindungen bereits nach § 1 Abs. 3 der Kartellnotverordnung in Verbindung mit § 1 der Kartellverordnung vorgeschrieben war, wo vertikale Preisbindungsverträge den Kartellverträgen gleichgestellt worden sind [3]. Diese Gleichstellung bezog sich aber nur auf den Anwendungsbereich der Kartellnotverordnung, unterwarf die vertikalen Preisbindungen jedoch nicht dem Recht der Kartellverordnung [4].

---

1) Bullinger, Martin: Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, in: Die öffentliche Verwaltung 1957, S. 762; Lange, Otto: Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, in: Archiv für Civilistische Praxis, Bd. 152, S. 241 ff., 261.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 27.

3) Vgl. S.34.

4) So z.B. RGZ Bd, 133, S. 331 ff. und Wahl, aaO, S. 151. Damit regelte sich das rechtsgültige Zustandekommen eines Preisbindungsvertrages nach allg. Vertragsrecht. Die Annahme eines Angebots war auch durch stillschweigende Genehmigung möglich.

Trotzdem wird das Schriftformerfordernis auch für vertikale Preisbindungen von den Motiven und dem Willen des Gesetzgebers gedeckt, da nichts dafür spricht, dass der Gesetzgeber bei zutreffender rechtlicher Würdigung des § 1 Abs. 2 der Kartellnotverordnung den § 34 anders geregelt hätte. Der Sinn und Zweck des § 34, nämlich die Parteien vor Übereilung zu schützen und vor allem die Feststellbarkeit der übernommenen Verpflichtung gegenüber den Kartellbehörden zu sichern [1], rechtfertigt sich gleichermassen für vertikale Preisbindungen wie für Kartelle.

Weiter fragt sich, ob § 34 nur auf Preisbindungsverträge Anwendung findet oder auch entsprechend auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen zutrifft. Dem Wortlaut nach bezieht sich § 34 nur auf Verträge. Auch aus der Entstehungsgeschichte [2] ergibt sich, dass der Gesetzgeber nur Preisbindungsverträge nach § 16 erfassen wollte, wobei allerdings damals eine Anwendung des § 16 auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen nicht in Betracht gezogen worden ist. Entscheidend für die Beantwortung der Frage kann deshalb nur sein, ob eine entsprechende sinngemässe Anwendung des § 34 auf tatsächliche Preisbindungen dem Zwecke der Vorschrift nach geboten ist. Das Schrifttum hat sich zu dieser Frage noch nicht geäussert. Bejaht man jedoch die Zulässigkeit tatsächlicher Preisbindungen und Preisempfehlungen und unterwirft sie der Anmeldung und Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörde gem. §§ 16 Abs. 4, 17, so besteht auch diesen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen gegenüber ein Interesse an der Beweissicherung und Feststellbarkeit ihres Inhalts. Ebenso hat auch der andere Zweck des § 34, der Schutz vor Übereilung, tatsächlichen Preisbindungen und Preisempfehlungen gegenüber seine Berechtigung. Zwar handelt es sich hierbei nicht um das Eingehen vertraglicher Verpflichtungen, sondern nur um rein tatsächliche, einseitige Massnahmen

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 27 und Wahl, aaO, S. 151.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 27 und Schriftl. Bericht, aaO, zu § 27.

des Markenwarenunternehmens. Aber auch in diesen Fällen besteht ein Allgemein- und Parteiinteresse daran, dass das bindende oder empfehlende Unternehmen nochmals auf die Bedeutung seines Verhaltens aufmerksam gemacht wird, bevor die Anmeldung beim Bundeskartellamt erfolgt und zum anderen den Abnehmern durch die Schriftlichkeit der Inhalt der Preisbindungen und Empfehlungen in eindeutiger Weise kundgetan und zu Beweiszwecken sichergestellt wird.

Eine solche entsprechende gleiche Behandlung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen stellt sich schliesslich auch als zwingend erscheinende Folge der Anwendung des § 16 als massgebende Norm dar. Danach müssen auch vertikale tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen als einseitige Erklärungen des Markenwarenunternehmens im Sinne § 34 schriftlich fixiert sein, wenn sie zur Anmeldung gem. § 16 Abs. 4 gelangen. Gegen diese Auffassung könnte eingewendet werden, die Schriftlichkeit sei überflüssig, weil sich bereits bei der Anmeldung gem. § 16 Abs. 4 eine schriftliche Fixierung ergebe. Dieser Einwand, der ebenso gegenüber dem Schriftformerfordernis für Verträge ins Feld geführt werden könnte [1], geht aber fehl, weil tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen durchaus auch mündlich zustandekommen können und darüber dem Bundeskartellamt schriftlich berichtet werden kann [2]. Die Schriftform des § 34 hat ihrem Sinn und Zweck nach gegenüber der Anmeldung eine eigene Bedeutung. Meist werden jedoch auch tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen schriftlich abgefasst sein, z.B. durch Übersendung von Bruttopreislisten.

Die Anwendung des § 34 auf tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen kann aber, wie im folgenden zu zeigen sein wird, nur eine entsprechende, den wirtschaftlichen Gegebenheiten und praktischen Bedürfnissen angepasste Regelung sein.

---

1) Vgl. Wahl, aaO, S. 148 ff.

2) So wie etwa auch ein mündlicher Vertrag zum Handelsregister angemeldet werden kann.

Der Inhalt der Formvorschrift des § 34 nimmt auf § 126 BGB Bezug, dessen Abs. 1 ausdrücklich Anwendung findet. Demzufolge müssen bei Verträgen die Vertragsurkunden vollinhaltlich schriftlich abgefasst und vom jeweiligen Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift [1] unterschrieben werden [2]. Bei einem Vertrag müssen sonach Angebot und auch Annahme unterzeichnet werden. Hierbei genügt jedoch, wie § 34 ausdrücklich als Erleichterung für die wirtschaftliche Praxis feststellt, wenn die Vertragsbeteiligten Urkunden unterzeichnen, die nicht vollinhaltlich den Preisbindungsvertrag enthalten, sondern auf schriftliche Beschlüsse, Satzungen oder Preislisten Bezug nehmen. Die Beschlüsse und Preislisten brauchen, wie aus § 34 zu entnehmen ist, nicht unterschrieben zu sein. Für tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen ergibt sich die schriftliche Abfassung der einseitigen Massnahmen mit Unterschrift des bindenden bzw. empfehlenden Unternehmens, wobei auch hier auf Preislisten Bezug genommen werden kann.

Dieses Formerfordernis gilt für sämtliche vertikale Wirtschaftsstufen bis zum gebundenen Einzelhändler [3], nicht nur für die erste vertikale Bindungsstufe [4], denn § 34 gilt ersichtlich für sämtliche Preisbindungsverträge zwischen den Unternehmen der vertikalen Wirtschaftsstufen.

Die Anwendung des § 126 Abs. 2 BGB, der bei Verträgen die Unterzeichnung auf derselben Urkunde erfordert, wird nach § 34 ausdrücklich ausgeschlossen. Damit kommt ein Vertragsabschluss auch durch Briefwechsel zustande [5].

---

1) Die allgemeinen Voraussetzungen des § 126 Abs. 1 finden Anwendung.

2) In jedem Falle wird auch § 126 Abs. 3, der in § 34 nicht ausdrücklich erwähnt ist, Anwendung finden, und zwar im Wege des argumentum a maiore ad minus: Wenn Schriftlichkeit genügt, muss auch die notarielle Beurkundung ausreichen.

3) So auch Franzen-Boekle: Kernfragen ... , aaO, S. 2o2.

4) Diese Meinung vertritt der Markenverband, in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 439.

5) Für tatsächliche Bindungen und Empfehlungen ist diese Frage nicht erheblich.

Fraglich ist aber, ob auch telegraphische Übermittlung in entsprechender Anwendung des § 127 BGB genügt. Dies wird zu verneinen sein, weil durch § 34 ausdrücklich nur von § 126 Abs. 2 freigestellt werden sollte: vom Erfordernis der einheitlichen oder gleichlautenden Urkunde. Bei der telegraphischen Übermittlung fehlt aber ausserdem die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers, die gem. § 126 Abs. 1 BGB gefordert wird. Eine entsprechende Anwendung des § 127 BGB entspricht demnach nicht dem Willen des Gesetzgebers und dem Zweck des § 34 [1].

Die Durchführung der Schriftform nach der wortgemässen Fassung des § 34 führt vor allem bezüglich vertikaler Preisbindungen noch zu erheblichen Schwierigkeiten, da es sich bei ihnen um Individualbeziehungen zwischen bindenden Unternehmen und einer Vielzahl von Abnehmern handelt und somit jeder der einzelnen Verträge vom bindenden Unternehmen unterschrieben werden müsste. Es ist deshalb zu untersuchen, ob nicht durch § 34 insoweit für vertikale Preisbindungen eine weitere Vereinfachung rechtlich zulässig ist. Eine Möglichkeit hierzu bietet § 34 unter Berücksichtigung des aus der Entstehungsgeschichte hervorgehenden Willen des Gesetzgebers insofern, als § 126 Abs. 2 nicht für anwendbar erklärt wird. Zwar befreit, wie oben ausgeführt, die Ausschaltung des § 126 Abs. 2 dem Wortlaute nach nicht vom Erfordernis der Unterschriftsleistung des bindenden Unternehmens auf jeden Vertrag. Aber aus der Begründung [2] ergibt sich ein weiterreichender gesetzgeberischer Wille und Zweck der Vorschrift: durch § 34 sollte die seit der Kartellverordnung bestehende Rechtsprechung [3] gesetzlich sanktioniert werden, die dahin ging, dass es in Anbetracht der Vielzahl an den Kartellen beteiligten Personen aus praktischen Erwägungen genüge, wenn der Inhalt von Kartellvereinbarungen oder Beschlüssen einmalig schriftlich niedergelegt sei und die Beteilig-

---

1) So auch Wahl, aaO.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 27.

3) Vgl. z.B. RGZ, Bd. 128, S. 1 ff. und zu dieser Frage auch Wahl, aaO.

ten schriftlich gem. § 126 ihr Einverständnis geben. Diese Rechtsprechung ging mit Recht davon aus, dass Sinn und Zweck des Schrifterfordernisses nicht eine Erschwernis des Zustandekommens von Kartellen sei, sondern die Offenlegung des Vertragsinhalts sowie der teilnehmenden Personen, die aber durch die zugelassene Vereinfachung erreicht werde. Der Sinn und Zweck des § 34 ist derselbe wie damals bei § 1 der Kartellverordnung: nämlich die Beweissicherung und Offenlegung des Vertragsinhalts und der Teilnehmer. Demzufolge genügt es nach dem Willen des Gesetzgebers in extensiver Auslegung des Wortlautes des § 34, wenn bei Kartellen der Inhalt der Vereinbarungen einmalig niedergelegt ist und die Beteiligten ihr Einverständnis erklärt haben. Diese ausdehnende Auslegung des Wortlautes des § 34 gilt, obwohl dies der Gesetzgeber ausdrücklich nicht ausgesprochen hat, entsprechend auch für vertikale Preisbindungen [1]. Hierfür spricht einmal, dass keine begründeten Bedenken vorliegen, weshalb der Gesetzgeber die Erleichterungen nur für Kartelle gegeben haben, jedoch die in § 34 einbezogenen vertikalen Preisbindungen ausgeschlossen haben sollte. Die Rechtsprechung zu § 1 Kartellverordnung, auf welche die Begründung Bezug nimmt, hat vertikale Preisbindungen damals noch nicht behandelt, weil sie überhaupt nicht unter die Schriftform des § 1 Kartellverordnung fielen. Aus der Begründung kann deshalb nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Erleichterung nur für Kartelle gewähren wollte. Der für Kartelle und vertikale Preisbindungen übereinstimmende Zweck des § 34 verlangt vielmehr auch eine entsprechende gleichartige Regelung. Durch Niederlegung des Inhalts der Preisvereinbarung und der schriftlichen Annahmeerklärungen der Abnehmer wird diesem Zweck bei vertikalen Preisbindungen ebenso Genüge getan wie bei Kartellen. Da der Gesetzgeber an die formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Kartelle gem. §§ 2 - 8 allgemein strengere Voraussetzungen als an diejenige für vertikale Preisbindungen gem. § 16 Abs. 4 stellt, rechtfertigt sich die Anwendung auch mit

---

1) Vgl. Wahl, aaO, und Franzen-Boekle, aaO.

dem argumentum a maiore ad minus [1]. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man schliesslich, wenn man das einmal niedergelegte schriftliche Preisbindungsangebot des Markenwarenunternehmens als allgemeine Geschäftsbedingung ansieht, die für unbestimmte Zeit und einen unbestimmten Personenkreis gilt und dadurch angenommen werden kann, dass sich die Abnehmer durch individualschriftliche Annahmeerklärungen auf vertraglichem Wege unterwerfen [2]. Zwar ist die Sachlage bei vertikalen Preisbindungen nicht völlig die gleiche wie bei Kartellen, weil hier die einzelnen Abnehmer nicht wie die Kartellbeteiligten zueinander in gesellschaftliche Rechtsbeziehungen treten, sondern es sich um voneinander unabhängige Individualverträge zwischen Hersteller und Abnehmern handelt. Auch kann man nicht von einem Beitritt neu hinzukommender Beteiligter zu schon bestehenden Verträgen sprechen, wovon die Rechtsprechung zu § 1 Kartellverordnung ausgegangen ist. Es bestehen vielmehr Neuabschlüsse von Verträgen mit übereinstimmenden preisbindenden Inhalt. Aber die wirtschaftlichen Gründe unter Berücksichtigung der praktischen Schwierigkeiten, die zur Vereinfachung geführt haben, sind bei Kartellen und vertikalen Preisbindungen die gleichen. Es würde bei der grossen Verbreitung der Markenwaren im Handelsverkehr eine nicht gerechtfertigte Belastung darstellen, wenn die preisbindenden Unternehmen jedem unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer durch eigenhändige Unterschrift schriftlich ein Preisbindungsangebot machen müssten.

Demnach genügt es zur Wahrung der Schriftform des § 34, wenn das preisbindende Unternehmen sein Vertragsangebot in einmaliger Weise an den unbestimmten Abnehmerkreis für unbestimmte Zeit unterschriftlich abgibt, etwa in Form der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder unter Bezugnahme auf die Preisliste und zweckmässigerweise

---

1) So auch Franzen-Boekle, aaO, S. 203.

2) Der vertragliche Abschluss bleibt dabei gewahrt. Vgl. Raiser, Ludwig: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, S. 100 ff.

bei einem Treuhänder oder einer geeigneten anderen Stelle hinterlegt [1], sowie die Abnehmer in Kenntnis dieses Preisangebotes ihre Annahme schriftlich erklären [2]. Der Preisbindungsvertrag gilt dann für alle künftigen Lieferungen. Daneben ist jedoch auch der individuelle Vertragsabschluss bei jeder einzelnen Lieferung zwischen Hersteller und Abnehmer denkbar.

Die Erleichterung in der Wahrung der Schriftform gem. § 34 muss auch auf tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen entsprechend Anwendung finden, weil auch für diese die gleichen rechtlichen und wirtschaftlichen Gründe gelten. Da es sich hierbei um einseitige Massnahmen des preisbindenden bzw. empfehlenden Unternehmens handelt, bedarf es keiner Annahme durch die Abnehmer. Die einseitigen Erklärungen des Markenwarenunternehmens an die einzelnen Unternehmer, etwa in Form der Bekanntgabe von festen Wiederverkaufspreisen oder der Übersendung von Bruttopreislisten brauchen nicht unterschriftlich gezeichnet zu sein. Es genügt auch hier, dass eine einmalige unterzeichnete Ausfertigung hinterlegt wird, und die Erklärungen auf beliebige Weise, z.B. auch mündlich, an die Abnehmer unter Bezugnahme auf die hinterlegte Erklärung gelangen können.

Auf die eigenhändige Unterschrift des preisbindenden Unternehmens überhaupt kann jedoch bei den Verträgen und bei den tatsächlichen Massnahmen und Empfehlungen nicht verzichtet werden [3], weil dies dem Wortlaut und Zweck der Vorschrift des § 34 in Verbindung mit § 126 Abs. 1 BGB widersprechen würde, die ausdrücklich die Unterschrift beider Vertragsteile vorschreiben. Im Hinblick auf den Zweck des § 34 erlangt die Unterschrift des preisbindenden Unternehmens auch rechtliche Bedeutung, weil sie der Beweislegung und Feststellbarkeit

---

1) Vgl. hierzu Franzen-Boekle, aaO, S. 2o4.

2) Im übrigen finden auf das Zustandekommen der Preisbindungsverträge die allg. Vorschriften des BGB Anwendung, da das GWB keine Modifikationen darüber enthält.

3) Dies meinen Droste, Hans: Die Regelung der vertikalen Preisbindung im neuen Kartellgesetz, in Der Betrieb 1958, S. 99 ff. sowie der Markenverband, in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 446 ff.

der Rechtsverhältnisse gegenüber der Kartellbehörde in der Öffentlichkeit dient. Auch den preisbindenden Unternehmen obliegt, obwohl sie selbst nicht gebunden sind die Beachtung und Einhaltung der gebundenen Preise, insbesondere mit Rücksicht auf §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 ff. UWG [1].

II. Die Anmeldung [2] der vertikalen Preisbindungen für Markenwaren [3] als Preisbindungssysteme [4] beim Bundeskartellamt und die schriftliche Bestätigung des Eingangs der Anmeldung durch das Bundeskartellamt gem. § 16 Abs. 4 ist neben der Schriftform die weitere formelle Voraussetzung der materiellen Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen. Sie dient einmal als Sieb und Auslese für das Zustandekommen vertikaler Preisbindungen in Anbetracht des weiten Begriffes der Markenware [5] und zum anderen der Behördenpublizität zur Offenlegung der für die Feststellung etwaiger Missbräuche relevanten Preisbildungselemente [6]. Durch die Anmeldung erhalten die Kartellbehörden Unterlagen über die Preis- und

---

1) Zur technischen Durchführung der vertikalen Preisbindungen, vgl. im einzelnen Franzen-Boekle: Das System der Preisbindungsreverse, in Betriebsberater 1958, S. 1o1 ff.; Gleiss-Steiner: Aus der Kartellrechtspraxis - Einige technische Einzelfragen zur vertikalen Preisbindung, in Betriebsberater 1958, S. 281; Benisch, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 34, Anm.8.

2) Vgl. über die technischen Einzelheiten der Anmeldung die Bekanntmachung des Formulars zur Anmeldung der Preisbindung einer Markenware nach § 16 des GWB vom 22.1.1958, im Bundesanzeiger 1958, Nr. 19 vom 29.1. 1958 sowie die Änderung des Formblattes, veröffentlicht in WuW 1959, S. 262 ff.

3) Für Verlagserzeugnisse ist eine Anmeldung nicht erforderlich.

4) Es brauchen nicht die Einzelverträge angemeldet zu werden, sondern nur die Preisbindung für eine Markenware als System.

5) Gegenüber dem volkswirtschaftlichen Markenartikelbegriff.

6) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

Rabattgestaltung sowie die wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen der Markenindustrie [1], die zu Entscheidungen nach § 17 GWB verwendet werden können [2]. Im Gegensatz zu den Kartellen und Wettbewerbsregeln existiert für vertikale Preisbindungen kein öffentliches Register.

Die Erfordernisse der Anmeldung durch das preisbindende Unternehmen ergeben sich in klarer Weise aus § 16 Abs. 4: die Anmeldung umfasst Angaben über den Inhalt und Umfang der vertikalen Preisbindung (auf welche Wirtschaftsstufen sie sich erstreckt) unter Beifügung eines Musters des Preisbindungsvertrages; desweiteren Angaben über sämtliche Abgabenpreise der Hersteller und Händler an die jeweils nachfolgenden Wirtschaftsstufen bis zum Verbraucher, über sämtliche Handelsspannen zwischen den einzelnen Wirtschaftsstufen sowie die Mitteilung sämtlicher Vergünstigungen (Rabatte und Vergütungen), die sich preis- und mengenmässig auf die Abgabenpreise auswirken [3], sowie die etwaigen Verpflichtungen der Händler zu einem besonderen Kundendienst. Sind diese beizufügenden Angaben unrichtig oder unvollständig, so gilt die Anmeldung als nicht bewirkt, die vertikalen Preisbindungen können mangels Vorliegen des Anmeldeerfordernisses gem. § 16 Abs. 4 nicht rechtsgültig werden, auch wenn die schriftliche Bestätigung der unrichtigen Angaben vorliegt. Das Fehlen von Angaben, die das preisbindende Unternehmen aus eigener Kenntnis nicht beantworten kann, lassen hingegen die Anmeldung unberührt. So kann das preisbindende Unternehmen nur die gebundenen Abgabepreise nennen, nicht hingegen die unter Verletzung der Preisbindung tatsächlich geforderten Preise.

Der Anmeldung gem. § 16 Abs. 4 unterliegen nicht nur

---

1) Vgl. Rasch, aaO, zu § 16.

2) Vgl. S. 227 ff.

3) Vgl. hierzu den Markenverband in: Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, in MA 1958, S. 434.

vertragliche vertikale Preisbindungen, sondern auch tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen, weil - wie bereits an anderer Stelle begründet - § 16 die allgemeine massgebende Ausnahmevorschrift für alle vertikalen Preisbindungen und Preisempfehlungen ist. Hierbei kann jedoch nur eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 4 stattfinden. Wenn § 16 Abs. 4 davon spricht, dass Preisbindungen zu ihrer " Wirksamkeit " der Anmeldung bedürfen, so hat der Gesetzgeber hierbei nur an vertragliche Preisbindungen gedacht [1], weil die Wirksamkeit begrifflich nur auf Rechtsgeschäfte zutreffen kann. Bei tatsächlichen Preisbindungen und Preisempfehlungen ist anstelle von Wirksamkeit deshalb Rechtsgültigkeit bzw. Zulässigkeit zu setzen. Soweit § 16 Abs. 4 weiterhin für die Anwendung die Einreichung eines Musters des die Preisbindung enthaltenden Vertrages oder der Vertragsbedingungen vorsieht, bedeutet dies für tatsächliche Preisbindungen und Empfehlungen entsprechend die Mitteilung des Inhalts der die Bindung oder Empfehlung enthaltenden tatsächlichen Erklärungen [2], die vom preisbindenden bzw. empfehlenden Unternehmen schriftlich und unterschrieben niedergelegt wird.

Sind die übrigen Voraussetzungen der §§ 16, 26 Abs. 2, 34 gegeben, so werden vertikale Preisbindungen und Empfehlungen mit der schriftlichen Bestätigung des Eingangs der Anmeldung durch das Bundeskartellamt rechtsgültig.

Es fragt sich dann, ob das Bundeskartellamt in eine sachliche Prüfung der übrigen Voraussetzungen bei der Anmeldung eintreten muss. Die Bestätigung der Anmeldung setzt nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 4 keine sachliche Prüfung des Vorliegens der übrigen Erfordernisse des § 16 voraus. Das ergibt sich aus der Formulierung " Bestätigung des Eingangs der Anmeldung ". Die Bestätigung soll den preisbindenden

---

1) Vgl. S. 19o.

2) Vgl. auch BGH in WuW 1958, S. 79o.

Unternehmen nur kundtun, dass die Behördenpublizität gewahrt ist. Der Zweck der Vorschrift gebietet eine solche Prüfung nicht, da § 16 Abs. 4 nur eine reine Verfahrensvorschrift ist und nur die Offenlegung der Preisbindungen sicherstellen soll. Eine sachliche Prüfung würde das Wirksamwerden der Preisbindung erheblich behindern, da oft längere wirtschaftliche Untersuchungen erforderlich sind und im Ergebnis eine Vorwegnahme des § 17 Abs. 1 Nr. 1 bedeuten. Dies ist aber ersichtlich nicht der Sinn des § 16 Abs. 4. Bei der Anmeldung hat das Bundeskartellamt deshalb nur nachzuprüfen, ob die inhaltlichen Voraussetzungen der Anmeldung gem. § 16 Abs. 4, insbesondere die erforderlichen Angaben, vorhanden sind. Trotz rechtlicher Zweifel hinsichtlich der Rechtsgültigkeit darf es die Bestätigung nicht versagen. Würde es bereits vor der Bestätigung in umfangreiche rechtliche und wirtschaftliche Prüfungen eintreten, so bedeutet das eine möglicherweise längere Verzögerung, die den Preisbindungen in dieser Zeit den nach dem GWB und UWG vorgesehenen Schutz versagt [1].

Eine Ausnahme [2] wird aber dann gelten müssen, wenn aus der Anmeldung ohne nähere Nachprüfung offensichtlich ist, dass bestimmte Voraussetzungen der §§ 16, 26 Abs. 2, 34 fehlen [3]. Aufgabe des Bundeskartellamtes kann es nicht sein, solche offensichtlich un-

---

1) Die Grundsätze der Prüfung von Eintragungen ins Handelsregister gem. §§ 8 ff. HGB, wonach das Gericht schon bei begründeten Bedenken der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen gem. § 12 FGG von Amts wegen zu ermitteln hat, können deshalb hier nicht angewendet werden.

2) Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 16, Anm. 56, 44 ff. und Langen, Komm., aaO, zu § 16, Anm. 7 lassen ersichtlich keine Ausnahme von diesem Grundsatz gelten. Siehe auch Brief des Vorsitzenden der 2. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes vom 11.11.1958, in WuWE, Teil II, BKartA 39.

3) Das gilt, wenn offensichtlich bestimmte angemeldete Tatsachen nicht vorliegen oder die angemeldeten Tatsachen die rechtlichen Erfordernisse ohne nähere Nachprüfung nicht erfüllen (auch wenn z.B. die Verträge klar gegen § 138 BGB verstossen).

zulässigen Preisbindungen durch die Bestätigung den Anschein der Rechtmässigkeit gegenüber den anmeldenden Unternehmen und der Öffentlichkeit zu geben. Da solche Preisbindungen trotz der Anmeldung und Bestätigung nicht zulässig werden können, würde eine Bestätigung auch den Grundsätzen der Zweckmässigkeit im Verwaltungsverfahren widersprechen. Schliesslich aber spricht für eine solche Handhabung, dass die Kartellbehörde, wenn sie nach der Bestätigung das Recht hat, gem. § 17 Nr. 1,2 oder 3 GWB [1] solche Preisbindungen sofort für unwirksam zu erklären, auch bereits die Bestätigung selbst verweigern können muss. Mit dem Zweck des § 16 Abs. 4 ist diese Ausnahme durchaus vereinbar, weil die Offenlegung und Missbrauchskontrolle nur für zulässige Preisbindungen gedacht ist und eine Verzögerung des Verfahrens gem. § 16 Abs. 4 nur in diesen Fällen vermieden werden soll. Preisbindungen, denen auf diese Weise die Bestätigung versagt wird [2] steht es frei, erneut anzumelden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Rechtsgültigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen tritt mit dem Zeitpunkt der schriftlichen Bestätigung des Eingangs der Anmeldung ein. Die Rechtsnatur der schriftlichen Bestätigung und ihre Wirkungen sind im Gesetz selbst und dessen Entstehungsgeschichte nicht erläutert. Sie können nur mittelbar aus dem Zweck des § 16 entnommen werden. Die schriftliche Bestätigung beinhaltet die tatsächliche Feststellung, dass die Anmeldung eingegangen ist, enthält jedoch keine unmittelbar rechtsgestaltende oder rechtsfeststellende Wirkung und begründet des-

---

1) Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB dürfte aber durchweg nur durch nähere Prüfung zu ermitteln sein.

2) Gegen die Versagung oder das Ausbleiben der Bestätigung gibt es ausser der Dienstaufsichtsbeschwerde keine Rechtsbehelfe, da die Bestätigung im Sinne § 16 Abs. 4 keine Verfügung der Kartellbehörde im Sinne §§ 59, 62 GWB darstellt. Vgl. auch S. 222.

halb nicht die Rechtsgültigkeit der angemeldeten Preisbindung [1]. Sie ist demnach im Gegensatz zu der Erlaubnis von Kartellen gem. §§ 2 ff. GWB auch nicht als Verwaltungsakt der Kartellbehörde anzusprechen, weil sie keinen solchen hoheitlichen Akt, von welchem unmittelbare rechtliche Wirkungen ausgehen, darstellt[2]. Das Gesetz sieht in der Anmeldung und schriftlichen Bestätigung nur eine tatsächliche Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit von vertikalen Preisbindungen. Sind sämtliche Voraussetzungen der §§ 16, 34 GWB gegeben, so bewirkt die schriftliche Bestätigung, die regelmässig am Schluss der Preisbindung steht, die Rechtsgültigkeit der vertikalen Preisbindungen. Fehlen hingegen weitere Voraussetzungen, so macht auch die Anmeldung und Bestätigung die Preisbindungen nicht zu erlaubten. Zweck des § 16 Abs. 4 ist es nicht, eine sachliche Entscheidung über die Zulässigkeit, etwa in Form einer Erlaubnis, zu fällen, sondern auf tatsächliche Weise die Offenlegung und Kontrolle vertikaler Preisbindungen zu sichern. Der wesensmässige Unterschied der schriftlichen Bestätigung und der behördlichen Genehmigung schliesst jedoch nicht aus, dass im Einzelfall die allgemeinen Vorschriften über behördliche Genehmigungen auf die Bestätigung gem. § 16 Abs. 4 entsprechende Anwendung finden können, wenn dies dem Zweck der Vorschrift entspricht. Zunächst fragt sich, zu welchem Zeitpunkt die Rechtsgültigkeit gem. § 16 Abs. 4 eintritt. Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 4 ist die schriftliche Bestätigung des Eingangs der Anmeldung beim Bundeskartellamt erforderlich. Damit will das Gesetz sicherstellen, dass die Anmeldung ordnungsgemäss erfolgt und die bereits oben erörterte formelle

---

1) Sie gibt aber eine widerlegbare Vermutung, dass die Voraussetzungen des § 16 GWB eingehalten sind.

2) Zum Begriff des Verwaltungsakts vgl. u.a. Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allg. Teil, 7. neub. Aufl., München und Berlin 1958, § 11, S. 17o ff. und Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., München-Berlin 1954, zu § 22, Anm. A, I.

Prüfung des Bundeskartellamts vor der Rechtsgültigkeit stattfinden kann. Das Erfordernis der schriftlichen Bestätigung dient dabei zugleich der Rechtssicherheit, indem es den preisbindenden Unternehmen und den beteiligten Wirtschaftskreisen kundgibt, dass den Erfordernissen des § 16 Abs. 4 genügt ist.

Zweifelhaft kann auch sein, ob die schriftliche Bestätigung dem preisbindenden Unternehmen zugehen muss. Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 16 Abs. 4 ergeben sich hierüber keine Anhaltspunkte. Berücksichtigt man jedoch den eben dargelegten Sinn und Zweck der schriftlichen Bestätigung, so muss man die Zugangsbedürftigkeit bejahen. Diese Überlegung findet auch im Erfordernis der Schriftlichkeit der Bestätigung eine Stütze. Diese Schriftlichkeit hätte keinen Sinn, wenn ein Zugang der Bestätigung nicht für erforderlich gehalten würde. Der Gesetzgeber wollte aber ersichtlich, nachdem er den Eingang der Anmeldung nicht für genügend angesehen hat, aus Beweisgründen für die Beteiligten - preisbindendes Unternehmen und Abnehmer - sicherstellen, dass das Bundeskartellamt nach seiner formellen Prüfung keine Bedenken gegen die Anmeldung hat. Auf den Zugang der Bestätigung können ebenso wie bei behördlichen Genehmigungen [1] die allgemeinen Vorschriften der §§ 13o ff. BGB entsprechend Anwendung finden. Die Rechtsgültigkeit vertikaler vertraglicher und tatsächlicher Preisbindungen sowie Preisempfehlungen tritt demnach mit dem Zugang der schriftlichen Bestätigung des Eingangs der Anmeldung durch das Bundeskartellamt ex nunc ein. Eine Rückwirkung kommt nicht in Betracht, für sie besteht auch kein Bedürfnis [2].

Die Frage, wie vertikale Preisbindungen und Empfehlungen vor dem Zeitpunkt der Rechtsgültigkeit zu beurteilen sind, muss unterschiedlich beantwortet werden.

---

1) Vgl. z.B. Staudinger-Coi[illegible], aa[illegible], zu § 1[illegible], Anm. 1o.
2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1, Anm. 4.

Für vertragliche Preisbindungen sieht die Verbotsvorschrift des § 15 die Nichtigkeitsfolge vor. Der § 15 unterscheidet sich in dieser Hinsicht von § 1, der in Anbetracht der Tatsache, dass nach §§ 2 ff. eine Erlaubnis erteilt werden kann, Kartellverträge nur als unwirksam bezeichnet mit der Folge, dass die Beteiligten vor der Erlaubnis an den Vertrag im Sinne der §§ 3o9, 3o8 BGB gebunden sind und sich nicht beliebig lossagen können [1]. Die Begründung [2] meint hierzu, das Gesetz bezeichne die Verträge nach § 15 als nichtig, weil eine Ausnahmeerlaubnis für den Einzelfall nicht möglich sei. Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als § 16 Abs. 4 keine Erlaubnis im Sinne der §§ 2 ff. GWB darstellt, die verbotene Preisbindungen rechtsgültig macht, sondern nur eine Ordnungsvorschrift zur Anmeldung und Bestätigung gem. § 16 materiellrechtlich zulässiger Preisbindungen. Trotzdem erlangen auch vertikale Preisbindungen nach § 16 erst mit der schriftlichen Bestätigung des Bundeskartellamtes Rechtswirksamkeit. Für vertikale Preisbindungsverträge, welche die Voraussetzungen des § 16 erfüllen und nach dem Willen der Vertragsbeteiligten angemeldet werden sollen, muss demnach für die Zeit des Vertragsabschlusses bis zur vollen Rechtswirksamkeit entsprechendes wie zu § 1 gelten. [3] Solche Verträge sind ebenfalls unwirksam, jedoch nicht nichtig; die Vertragsbeteiligten können sich bis zur Rechtswirksamkeit nicht mehr beliebig von dem Vertrage lösen und sind im Sinne der §§ 3o9, 3o8 BGB gebunden. Die endgültige Nichtigkeit tritt erst dann ein, wenn mit einer Anmeldung und schriftlichen Bestätigung nach der objektiven Sachlage nicht mehr zu rechnen ist, insbesondere wenn diese verweigert ist

---

1) In der rechtlichen Wirkung gleicht die Unwirksamkeit im Sinne § 1 GWB der schwebenden Unwirksamkeit bei ausstehenden behördlichen Genehmigungen entsprechend §§ 184 ff. BGB.

2) Vgl. Begründung, aaO, zu § 1o, Anm. 7.

3) So auch Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 16, Anm. 44.

oder das Unternehmen die Anmeldung nicht mehr beabsichtigt. Diese Gleichbehandlung erlaubter Kartelle und vertikaler Preisbindungen für Markenwaren rechtfertigt sich nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Sind gem. § 1 verbotene Kartelle unwirksam, so muss das nach dem argumentum a maiore ad minus noch vielmehr für die materiell gem. § 16 zulässigen Preisbindungen gelten. Die Bestätigung im Sinne § 16 Abs. 4 enthält zudem als Ordnungsvorschrift keine rechtsgestaltende Wirkung wie die Erlaubnis gem. §§ 2 ff. GWB. Es kann deshalb auch nicht dem wirklichen Willen des Gesetzgebers entsprechen, wenn man vertikale Preisbindungen gem. § 16 vor der schriftlichen Bestätigung völlig ohne Rechtswirkung als nichtig bezeichnen würde.

Gem. § 15 nichtig sind jedoch diejenigen vertikalen Preisbindungsvertr ge, denen es an einem Erfordernis des § 16 ermangelt, auch wenn sie angemeldet werden oder gar bereits bestätigt sind, da die alleinige Ausnahmebestimmung des § 16 dann in ihren Voraussetzungen nicht vorliegt. Ebenfalls kann die Vergünstigung der blossen Unwirksamkeit dem eben erörterten Zweck nach auch nicht solchen Verträgen zugute kommen, die nach dem Willen des preisbindenden Unternehmens überhaupt nicht angemeldet werden sollen.

Für tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen bleibt es hingegen bis zur schriftlichen Bestätigung beim Verbot gem. §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 2 GWB, da bei einseitigen tatsächlichen Massnahmen eine Unwirksamkeit nicht zutreffen kann. Hieraus folgt, dass die Beteiligten vor der Rechtswirksamkeit nicht im Sinne §§ 3o8, 2o9 BGB gebunden sind.

Anmeldung und schriftliche Bestätigung haben keine heilende Wirkung bezüglich anderer Mängel der Rechtsgültigkeit im Sinne § 16, weil es sich hierbei nur um ein zusätzliches Formerfordernis ohne eigene rechtsgestaltende Wirkung auf die materiellrechtliche Zu-

lässigkeit der Preisbindungen handelt. Trotz Anmeldung und Bestätigung bleiben also vertikale Preisbindungen verboten, wenn andere Voraussetzungen des § 16 nicht vorhanden sind. Entstehen diese tatsächlichen Voraussetzungen nachträglich und ist damit § 16 vollständig erfüllt, so sind die von diesem Zeitpunkt an getätigten Preisbindungen und Preisempfehlungen als zulässig anzusprechen, wenn sie mit der früheren Anmeldung und Bestätigung vollinhaltlich übereinstimmen. Es ist dem Zweck des § 16 Abs. 4 nach, nämlich der Offenlegung und Missbrauchskontrolle, nicht erforderlich, zur Rechtsgültigkeit eine erneute inhaltlich gleichlautende Anmeldung zu verlangen, wenn die frühere Anmeldung noch beim Bundeskartellamt vorliegt.

Nach § 16 Abs. 4 S. 5 müssen weiterhin spätere Änderungen der gemeldeten Tatsachen unverzüglich unter Beifügung der entsprechenden Unterlagen beim Bundeskartellamt angemeldet werden. Die schriftliche Bestätigung sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Im Schrifttum [1] wird die Meinung vertreten, die Wirksamkeit dieser Änderungen richte sich nach allgemeinem Vertragsrecht und habe die Anmeldung nicht zur Voraussetzung. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist zu dieser Frage nichts zu entnehmen. Dieser Meinung begegnen jedoch aus dem Zweck des § 16 Abs. 4 heraus erhebliche Bedenken[2]. Die Anmeldung dient der Beweissicherung und der Missbrauchskontrolle gem. § 17, die sich insbesondere auch auf die Preise und Handelsspannen richtet. Voraussetzung hierfür ist, dass die Angaben des preisbindenden Unternehmens der Wirklichkeit entsprechen, da andernfalls der Schutz der Abnehmer und der Allgemeinheit vor Missbräuchen gem. § 17 nicht mehr genügend gewährleistet ist. Wenn man die Anmeldung späterer Änderungen nur als eine Ordnungsvorschrift ohne Einfluss auf

---

1) [illegible], Komm., [illegible], S. 92 und Schwartz, in Ge[illegible] Wettbewerbskommentar, [illegible], zu § 16, Anm. 54.

2) Vgl. [illegible], [illegible], [illegible] 1, [illegible] 1,

die Rechtsgültigkeit betrachtet, ist aber der Zweck des § 16 Abs. 4 und die Schutzvorschrift des § 17 nicht mehr genügend gewährleistet, weil durch Verzögerungen oder Unterlassen von Änderungsmeldungen das Kontrollsystem des § 17 beeinträchtigt werden kann. Änderungen im Preisbindungssystem bedürfen demnach zu ihrer Rechtsgültigkeit der Anmeldung [1].

§ 2o : Die rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen der Unwirksamkeitserklärung vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen für Markenwaren gem. § 17 GWB

Zulässige vertikale Preisbindungssysteme unterliegen der Missbrauchskontrolle der Kartellbehörde gem. § 17 GWB. Der § 17 spricht zwar nur von Preisbindungen; unter die Missbrauchskontrolle fallen jedoch auch tatsächliche Preisbindungen und in entsprechender Weise Preisempfehlungen, die in Anwendung des § 16 zulässig sind. Dies folgt aus den gleichen Erwägungen, die zur Anwendung des § 16 auf tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen geführt haben [2]. Wenn auch der Wortlaut nur von " Preisbindungen " spricht und der Gesetzgeber in § 17 vorallem an vertragliche Preisbindungen gedacht haben mag, so erfordert es der Zweckgedanke des § 17, die Missbrauchskontrolle auf alle gem. § 16 zulässigen Preisbindungen und Preisempfehlungen auszudehnen. Würde man § 17 nur auf vertragliche Preisbindungen beschränken, so bliebe ein erheblicher Bereich zulässiger, vertikal wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ausserhalb jeder behördlicher Eingriffsmöglichkeit bei etwaigen Missbräuchen.

---

1) Für das Gültigkeitserfordernis der schriftlichen Bestätigung besteht jedoch kein praktisches Bedürfnis; vgl. auch das Formblatt zur Anmeldung von Änderungen der Preisbindung, in WuW 1959, S. 2[illegible]2.

2) V[illegible]. S. 191 ff.

I. Unter bestimmten, im § 17 genannten Voraussetzungen kann die Kartellbehörde [1] von Amts wegen und soll sie auf Antrag eines nach § 16 gebundenen Abnehmers die Preisbindung bzw. Preisempfehlung mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt für unwirksam bzw. unzulässig erklären und die Anwendung einer neuen, gleichartigen Preisbindung verbieten. Soweit der Eingriff von Amts wegen erfolgen kann, kommt durch die " Kann - Vorschrift " zum Ausdruck, dass es in das Ermessen der Kartellbehörde gestellt ist, wann sie unter den gegebenen Voraussetzungen des § 17 ein Preisbindungssystem für unwirksam erklärt. Dieses Ermessen ist jedoch durch die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts und die Wahrung der allgemeinen Grundsätze des GWB beschränkt: Die Kartellbehörde darf nicht willkürlich verfahren, sondern muss vor allem auch den Gleichheitsgrundsatz befolgen; sie darf sich auch nicht von gesetzes- und sachfremden Erwägungen leiten lassen, sondern muss den Zweck und die Auslegungsgrundsätze der §§ 15 ff. sowie die tragenden Prinzipien des GWB beachten; sie muss schliesslich nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit diejenigen Mittel wählen, die ausreichen, um den gewünschten Erfolg zu erreichen.

Demgegenüber " soll " die Kartellbehörde auf Antrag eines nach § 16 gebundenen Abnehmers die Missbrauchskontrolle ausüben. Diese Soll - Vorschrift bedeutet eine Einschränkung des Ermessensspielraumes der Kartellbehörde, sie hat den Zweck, die Nachprüfung zulässiger Preisbindungen sicherzustellen [2]. Antragsberechtigt sind nach dem Wortlaute des § 17 nur Abnehmer gem. § 16, nicht jedoch Mitbewerber des preisbindenden Unternehmens. Für eine entsprechende Anwendung auf Mitbewerber [3] bieten sich auch in der Ent-

---

1) Zuständig ist nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 b GWB das Bundeskartellamt.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 12. Dies bedeutet, dass der Kartellbehörde, wenn auch nicht nach aussen gegenüber Dritten, so doch im Innenverhältnis ein Einschreiten zur Pflicht gemacht ist.

3) Vgl. auch die Erörterungen zu § 35 GWB auf S. 156 ff.

stehungsgeschichte des § 17 keine Anhaltspunkte. Ebenso legt der Zweck der Vorschrift einen solchen Schluss nicht nahe, weil die §§ 15 ff. dem unmittelbaren rechtlichen Schutz der Abnehmer dienen. Zwar können auch Mitbewerber durch ungerechtfertigte Preisbindungen wirtschaftliche Nachteile erleiden [1]; diese im ökonomischen Gesamtzusammenhang der Märkte begründeten Schlechterstellungen hat der Gesetzgeber jedoch ersichtlich nicht als ausreichend erachtet, um auch für die Mitbewerber ein Antragsrecht einzuführen. Wenn das Gesetz von gebundenen Abnehmern spricht, so fallen hierunter auch tatsächlich gebundene Abnehmer und in entsprechender Anwendung des § 17 auch Abnehmer als Adressaten von Preisempfehlungen. Es genügt, wenn ein einziger Abnehmer innerhalb eines vertikalen Preisbindungssystems für eine bestimmte Markenware den Antrag stellt, um die Einleitung eines Verfahrens nach § 17 und evtl. die Unwirksamkeitserklärung des gesamten Preisbindungssystems herbeizuführen.

II. Die materiellen Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 1 - 3, bei deren alternativen oder kumulativen Vorliegen die Kartellbehörde zur Unwirksamkeitserklärung eines angemeldeten Preisbindungssystems berechtigt ist, gliedern sich im wesentlichen in zwei wesensverschiedene Arten:

1) Wenn die materiellen Zulässigkeitserfordernisse des § 16 Abs. 1, 2, 3 nicht oder nicht mehr vorliegen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1),

2) wenn die Preisbindung oder Preisempfehlung missbräuchlich gehandhabt wird oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.

---

1) BGH in WuW 1958, S. 791.

Während im ersten Falle eines oder mehrere, die materielle Rechtsgültigkeit begründenden Merkmale fehlen, sind im zweiten Fall an sich rechtsgültige Preisbindungen wettbewerbs- und wirtschaftspolitisch nicht gerechtfertigt, so dass sie aufgehoben werden müssen. Hieraus ergeben sich wesensmässige Unterschiede bei der rechtlichen Behandlung beider Arten von angemeldeten Preisbindungen.

1) Sinn und Zweck der Unwirksamkeitserklärung nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist es, an und für sich bereits nichtige bzw. unzulässige Preisbindungs- und Empfehlungssysteme, die von der Kartellbehörde angemeldet und bestätigt sind, ausdrücklich für unwirksam bzw. unzulässig zu erklären, um damit den Anschein der Rechtmässigkeit im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit zu beseitigen. Fehlt es an der Anmeldung, so bedarf es auch keiner Unwirksamkeitserklärung.

Haben die in § 16 Abs. 1 - 3 genannten materiellen Voraussetzungen [1] bei der Anmeldung und schriftlichen Bestätigung nicht vorgelegen oder sind sie später weggefallen, so kann die Kartellbehörde das Preisbindungssystem für unwirksam bzw. bei tatsächlichen Bindungen und Empfehlungen für unzulässig erklären.

Diese Voraussetzungen sind in §17 Abs. 1 Nr. 1 ausschliesslich genannt: es handelt sich dabei nur um die materiellen Voraussetzungen des § 16, die das Preisbindungssystem als solches betreffen, nämlich die Markenwareneigenschaft gem. § 16 Abs. 2 einschliesslich des besonderen Qualitätserfordernisses bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen nach § 16 Abs. 3, die eigene Markenware des preisbindenden Unternehmens sowie den horizontalen Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler. Hingegen

---

1) Vgl. S. 166 ff.

berechtigt das Fehlen der Formal-rerfordernisse der Schriftlichkeit sowie Anmeldung und Bestätigung der Preisbindungen sowie das Diskriminierungsverbot gem. § 26 Abs. 2 nicht zur Unwirksamkeitserklärung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1. Weder § 34 noch § 26 Abs. 2 sind vom Wortlaut und Zweck des § 17 Abs. 1 Nr. 1 erfasst. Die Gründe hierfür liegenden im folgenden: Das Formerfordernis der Schriftlichkeit sowie das Diskriminierungsverbot ist nur bei den jeweiligen Individualbeziehungen zwischen Markenwarenunternehmen und den einzelnen Abnehmern zu prüfen, es lässt jedoch die Wirksamkeit des Preisbindungssystems unberührt [1]. Wegen mangelnder Schriftform nichtige Preisbindungsverträge führen nicht zur Nichtigkeit des Preisbindungssystems [2]. Auch Diskriminierungen gem. § 26 Abs. 2 innerhalb von Individualbeziehungen lassen den Bestand des Preisbindungssystems unberührt und führen nur zur Rechtsungültigkeit der betreffenden Individualbeziehung. Demgegenüber betreffen die Massnahmen der Kartellbehörde gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 das Preisbindungssystem als solches und beziehen sich auf solche Voraussetzungen, die zur Ungültigkeit des gesamten Preisbindungssystemes führen.

Ebenso bedarf es beim Fehlen der Anmeldung und Bestätigung keiner ausdrücklichen Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde, weil in diesen Fällen kein öffentliches Bedürfnis besteht, unzulässige Preisbindungen noch für unwirksam zu erklären.

2) Die Eingriffsrechte des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 betreffen vertikale Preisbindungen und Empfehlungen, die gem. § 16 Abs. 1 - 4 rechtsgültig bestehen. Die

---

1) Unbeschadet davon kann das Vorliegen von Diskriminierungen zur Unwirksamkeitserklärung des Preisbindungssystems nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 führen.

2) Die Feststellung der Nichtigkeit mangels Schriftlichkeit oder fehlender Anmeldung und Bestätigung obliegt den ordentlichen Gerichten.

materiellen Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 stehen ihrem Zweck nach im engen inneren Zusammenhang und können deshalb im folgenden zusammen behandelt werden. Gemeinsamer Zweck dieser Vorschriften [1] ist es, alle für die Preisbildung, die Erzeugungs- und Absatzverhältnisse erheblichen wettbewerbsbeschränkenden Tatbestände in Verbindung mit vertikalen Preisbindungen oder Empfehlungen und die missbräuchliche Handhabung von solchen Preisbindungen und Empfehlungen der Missbrauchskontrolle zu unterwerfen, insbesondere auch solche Umgehungstatbestände, bei denen durch Kombinationen der vertikalen Preisbindungen mit anderen vertikalen und horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Wirkungen erzielt werden.

Während aber § 17 Abs. 1 Nr. 2 eine Generalklausel zur Erfassung aller missbräuchlichen Anwendungsformen vertikaler Preisbindungen aufstellt, die gegenwärtig im Wirtschaftsleben bestehen oder zukünftig entgegen dem Gesetzeszweck entwickelt und praktiziert werden [2], betrifft § 17 Abs. 1 Nr. 3 diejenigen Preisbindungen bzw. ihre Verbindungen mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen, denen die Gefahr preis- oder mengenpolitisch unerwünschter Auswirkungen innewohnt, indem sie geeignet sind, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.

Der § 17 Abs. 1 Nr. 2 stellt demnach auf den Inhalt und die Durchführung der Preisbindung, auf die Verhältnisse zwischen den beteiligten Wettbewerbspartnern ab, ohne dass es auf die gesamtwirtschaftlichen

---

[1] [illegible] § 12. Durch den [illegible] des Bundestages [illegible] eingefügt worden.

[2] [illegible] § 12, Anm. [illegible].

Marktfolgen ankommt [1]. Hingegen setzt das Eingriffsrecht des § 17 Abs. 1 Nr. 3 allein voraus, dass sich aus Preisbindungen bzw. der Kombination mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen bestimmte wirtschaftliche Folgen auf dem Markt der Markenware ergeben können. Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich durchaus eine dem Willen des Gesetzgebers entsprechende klare Trennungslinie und Unterscheidung der Anwendungsbereiche zwischen § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ziehen [2]. Vertikale Preisbindungen und ihre Kombination mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen bedürfen deshalb einer getrennten eigenständigen Prüfung unter dem Gesichtspunkt des missbräuchlichen Vollzugs gem. § 17 Abs. 1 Nr. 2 und im Hinblick auf preis- und mengenpolitische Marktfolgen gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 [3].

In Anbetracht der Mannigfaltigkeit der möglichen wirtschaftlichen Gestaltungsformen, die unter die Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 fallen können, hat die Literatur [4] bisher im wesentlichen nur zur Frage der begrifflichen Abgrenzung der Bestimmung des § 17 Abs. 1 Stellung genommen. Eine zweckvolle Anwendung des § 17 kann sich letztlich nur durch eine kasuistische Kartellrechtspraxis [5] herausbilden und

---

1) Freilich ist auch die missbräuchliche Ausgestaltung oder Durchführung einer Preisbindung marktbezogen, und sie kann möglicherweise die in § 17 Abs. 1 Nr. 3 erwähnten Marktfolgen haben, diese sind jedoch nicht erforderlich; sie bedürfen in § 17 Abs. 1 Nr. 2 keiner gesonderten Prüfung.

2) Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 17, Anm. 5 ist insoweit nicht zu folgen, als er im Schriftl. Bericht. aaO, zu § 12 eine diesbezügliche Unterscheidung überhaupt vermisst. Vgl. auch die folgenden Ausführungen.

3) § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 können demnach konkurrieren.

4) Vgl. z.B. Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 17, Anm. 5 ff.

5) Siehe auch die Ausführungen des Bundeskartellamtes in WuW 1958, S. 520.

richtet sich nach den näheren Umständen des Einzelfalles. Im folgenden sollen deshalb nur im Anschluss an die bisherige Literatur grundsätzliche begriffliche Erörterungen angestellt werden.

a) Das Eingriffsrecht des § 17 Abs. 1 Nr. 2 setzt eine missbräuchliche Handhabung der Preisbindung voraus. Unter Handhabung kann jedoch in wortlautmässiger Interpretation nicht nur die praktische Durchführung von vertikalen Preisbindungen und Empfehlungen verstanden werden. Die Missbrauchskontrolle muss sich vielmehr nach dem Zweck der Vorschrift auch auf das Zustandekommen und den Inhalt dieser Preisbindungen richten, andernfalls könnte der Zweck des § 17, die Verhinderung missbräuchlicher Preisbindungen, erst nach ihrer praktischen Durchführung geschehen, wenn der wirtschaftlich unerwünschte Erfolg bereits eingetreten wäre. Da § 17 Abs. 1 Nr. 1 und 3 ebenfalls auf den Inhalt der Preisbindungen abstellen, ist es nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber bei der wichtigen Vorschrift des § 17 Abs. 1 Nr. 2, der wettbewerbspolitischen Generalklausel der Eingriffsrechte des § 17, diese Eingriffsmöglichkeiten so wesentlich beschränken wollte.[1)]

Der Ausdruck " Missbrauch " kommt im GWB nicht nur in § 17 vor, sondern auch in § 11 (Widerruf einer Kartellerlaubnis) und §§ 12, 22 (Eingriffen bei angemeldeten Kartellen und bei marktbeherrschenden Unternehmen). Dichgans [2)] versteht unter Missbrauch im Sinne des GWB verbotenen Gebrauch, der dem Sittengesetz zuwiderläuft. Missbrauch liegt demnach nach seiner Ansicht nur dann vor, wenn eine wirtschaft-

---

1) Vgl. im Ergebnis auch den Beschluss des Bundeskartellamtes vom 29.7.1958, betreffend eine einstweilige Anordnung, in WA 1958, S. 570. Anderer Ansicht wohl Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 17 Anm. 5.

2) Vgl. Dichgans, Hans: Zum Begriff des Missbrauchs im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in [illegible] 1958, S. 658 ff.

liche Machtstellung sittenwidrig ausgenutzt wird [1]. Gegen diese Ansicht sind in der Literatur [2] mit Recht überwiegend Bedenken geltend gemacht worden. Diese betreffen insbesondere den Anwendungsbereich des § 17. Missbrauch im Sinne des GWB, insbesondere des § 17, ist kein " verbotener " Gebrauch, der einen Verstoss gegen eine bestimmte Verbotsnorm des GWB oder das allgemeine Sittengesetz voraussetzt. Die Verletzung einer Verbotsnorm des GWB kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Missbrauchskontrolle zulässige Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, die nicht unter die Verbotsnorm des GWB fallen. Auch bei Vorliegen eines Missbrauchs werden diese Wettbewerbsbeschränkungen nicht von den Verbotsnormen des GWB erfasst, andernfalls wären die Eingriffsrechte der Kartellbehörde überflüssig. Hieraus folgt aber nicht, dass die Missbrauchskontrolle nur für Verstösse gegen das Sittengesetz übrig bliebe. Eine Verbotsgesetzgebung mit Ausnahmebestimmungen, die im GWB im Prinzip auch nur teilweise verwirklicht ist, erübrigt noch nicht eine Missbrauchskontrolle der zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nach wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten. Der Gesetzgeber stellt bestimmte Gattungen von Wettbewerbsbeschränkungen, so die vertikalen Preisbindungen für Markenwaren, vom Verbot frei, wobei neben den gesetzlich normierten Voraussetzungen diesen Ausnahmebestimmungen bestimmte wirtschaftspolitische Zwecksetzungen und Interessenabwägungen innewohnen [3]. Verstösse gegen diese Zwecksetzungen lassen die Ausnahmebestimmung als solche unberührt, sie führen auch nicht zum automatischen gesetzlichen Verbot.

---

1) Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. RGZ Bd. 15o, S. 1 und Rasch, Komm., aaO, zu § 11, Anm. 1o.

2) Vgl. Dörinkel, Wolfram: Der Begriff des Missbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, in WuW 1959, S. 81 ff. und Müller-Henneberg, Hans: Zum Missbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Betriebsberater 1959, S.139 ff.

3) Vgl. S.162 ff. für die Vorschrift des § 16.

Eine abstrakte gesetzliche Normierung solcher Verstösse gegen die Zwecksetzungen des Gesetzes ist in Anbetracht der Vielgestaltigkeit der wirtschaftlichen Formen und der wirtschaftlichen Zweckmässigkeitserwägungen, die bei ihrer Beurteilung eine Rolle spielen, weder durchführbar noch erforderlich. Vom Gesetzgeber ist deshalb gerade für diese Art von Verstössen die Missbrauchskontrolle eingeführt worden. Sie ist insbesondere bei denjenigen zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich, die zu ihrer Rechtsgültigkeit keiner Erlaubnis der Kartellbehörde [1] bedürfen, wie dies z.B. bei §§ 16, 17 Abs. 1 Nr. 2 der Fall ist. Auch aus der historischen Entwicklung des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen [2] ergibt sich, dass der Begriff des Missbrauchs bei wirtschaftspolitisch bedenklichem Verhalten erfüllt werden kann, ohne dass es auf Sittenwidrigkeit ankommt. Die Kartellverordnung von 1923 [3], die, wie sich aus ihrer Überschrift ergibt, gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen gerichtet war, erblickte in der Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohles den hauptsächlichen Missbrauchstatbestand [4]. Die weiteren Verordnungen, insbesondere die Kartellnotverordnung [3] sanktionierten Eingriffsrechte alleinig unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten. Das GWB stellt aber trotz seines teilweisen Verbotscharakters eine Weiterentwicklung des früheren Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen dar. Soweit das GWB generelle gesetzliche Ausnahmetatbestände geschaffen hat, die bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen zulassen, ergibt sich die Frage der Überwachung sowie

---

1) Entgegen der Meinung von Dichgans, aaO, ist aber auch bei Wettbewerbsbeschränkungen, die der Erlaubnis bedürfen, das Missbrauchsverfahren aus wirtschaftspolitischen Gründen erforderlich, z.B. wenn sich der Zweck der Ausnahmevorschrift nicht oder nicht mehr mit der erlaubten Wettbewerbsbeschränkung deckt.

2) Vgl. hierzu Dörinkel: Der Begriff des Missbrauchs ..., aaO, S. 82 ff.

3) Vgl. S. 32 ff.

4) Vgl. § 4 Abs. 1 und 2 der Kartellverordnung.

der system- und zweckgerechten individuellen Ausgestaltung und Anwendung dieser Wettbewerbsbeschränkungen. Nicht nur die verbotenen, sondern auch die erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen stehen unter den allgemeinen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen des GWB: der Sicherung eines Leistungswettbewerbes, der Leistungssteigerung als gesamtwirtschaftlicher Notwendigkeit und der Beseitigung wirtschaftlicher Macht dort, wo sie einen Störungsfaktor der freien Wettbewerbswirtschaft darstellt.

Zulässige Wettbewerbsbeschränkungen können deshalb nur insoweit durch Ausnahmebestimmungen gedeckt sein, als sie noch mit dem wirtschaftspolitischen Zweck der betreffenden Bestimmungen übereinstimmen. Missbrauch im Sinne des GWB liegt deshalb immer schon dann vor, wenn Wettbewerbsteilnehmer Ausnahmevorschriften in einer den Zweck dieser Vorschriften zuwiderlaufenden Weise in Anspruch nehmen [1]. Es handelt sich hierbei um einen objektiven Begriff, der kein Verschulden und keine verwerfliche Gesinnung der Beteiligten voraussetzt. Nur ein solcher Begriff des Missbrauchs erfüllt den Zweck des § 17 GWB [2]. Vertikale Preisbindungen für Markenwaren sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie dem wirtschaftspolitischen Zweck des § 16 entsprechen [3], soweit sie insbesondere allein denjenigen wirtschaftlichen Zielen dienen, die ihre Zulässigkeit begründet haben und nur solche Massnahmen ergreifen, die zur Leistungssteigerung und optimalen Güterversorgung sachlich geboten erscheinen. Dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Preisbindungen fallen hingegen unter den Tatbestand des § 17 Abs. 1 Nr. 2, wobei gem. § 17 Abs. 1 alle Umstände der Preisbindung zu berücksichtigen sind.

---

1) Im Ergebnis auch Dörinkel: Der Begriff des Missbrauchs ..., aaO, der den Missbrauch schon nach der grammatikalischen Auslegung als zweckwidrigen Gebrauch definiert.

2) Hieraus lässt sich schliessen, dass auch in den übrigen Missbrauchsbestimmungen des GWB dieser Begriff den gleichen Inhalt hat.

3) Vgl. S. 162 ff.

Während unter Zugrundelegung einer solchen Begriffsbestimmung Kombinationen vertikaler Preisbindungen mit verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen immer einen Missbrauch darstellen [1], ist es sehr fraglich, ob in der Kombination von erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen immer ein Missbrauch zu sehen ist, wie es im Schriftlichen Bericht [2] ausgedrückt ist. Die Kombination [3] vertikaler Preisbindungen mit Absatzbindungen oder Ausschliesslichkeitsklauseln kann dann als eine sachlich gebotene Massnahme zur Sicherung der Markenwarenpreisbindung dienen, wenn die Sicherung der Qualität der Ware, z.B. ihre Lagerhaltung, nicht bei jeder Art von Handel gewährleistet ist [4] oder die besonderen Eigenschaften der Ware im Interesse des Verbrauchers eine Betreuung erfordern; schliesslich rechtfertigt auch die Nichteinhaltung der Preisbindung einen Ausschluss der Belieferung, da andernfalls das preisbindende Unternehmen die Lückenlosigkeit der Preisbindung nicht einhalten könnte. Anders verhält es sich, wenn Absatzbindungen unter den gegebenen Voraussetzungen des § 18 für unwirksam erklärt werden können. Liegen die Missbrauchsvoraussetzungen des § 18 vor, so ist immer auch die Preisbindung missbräuchlich gem. § 17. Das ergibt sich auch aus dem Willen und Zweck des Gesetzes [5]. Die Verbindung einer vertikalen Preisbindung mit einem erlaubten Rabattkartell wird wohl selten sachlich nach dem Gesetzeszweck des § 16 gerechtfertigt sein. Meist führt diese Kombination zu einer wirtschaftlich unerwünschten Preiserstarrung auf horizontaler und vertikaler

---

1) Vgl. Kirschstein, Friedrich: Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen, in WuW 1959, S. 235 ff.

2) AaO, zu § 12, Ziff. 2

3) Vgl. auch Günther: Das neue Kartellgesetz, aaO, in WuW 1957, S. 686.

4) Z.B. leicht verderbliche Waren im Strassenhandel, vgl. BGH in WuWE, BGH 2o5 ff.

5) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 12. Die Ausführungen über die Kombination von Preis- und Absatzbindungen sind nur so zu verstehen.

Ebene, die in ihrer Wirkung einem verbotenen Preiskartell gleichkommt [1]. Meist ist das Rabattkartell die Folgeerscheinung vertikaler Preisbindungen.

Bei der Kombination mit anderen erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen wird es dem preisbindenden Unternehmen obliegen, darzutun und nachzuweisen, dass die Kombination dem Gesetzeszweck nicht zuwiderläuft. Ein Missbrauch im Sinne § 17 Abs. 1 Nr. 2 liegt aber immer vor, wenn die vertikalen Preisbindungen mit verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen einhergehen; insbesondere mit horizontalen Abmachungen, wie Preiskartellen; hier gilt es, die horizontalen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen auf die vertikale Ebene zu verhindern. Ebenso stellt die Diskriminierung einzelner Abnehmer gem. § 26 Abs. 2 immer einen Aufhebungsgrund des vertikalen Preisbindungssystems dar [2], unbeschadet der Unzulässigkeit der individuellen Preisbindung gem. § 26 Abs. 2; desweiteren auch dauerhafte Verstösse gegen die gleiche Wettbewerbslage der Abnehmer: Lückenlosigkeit und Gleichmässigkeit des Preisbindungssystems, sowie sonstige Verstösse des preisbindenden Unternehmens gegen das UWG.

Verstösse gegen das Sittengesetz gem. §§ 138, 826 BGB führen in zivilrechtlicher Hinsicht für die individuellen Preisbindungen zwischen preisbindenden Unternehmen und den einzelnen Abnehmern zu den zivilrechtlichen Folgen der §§ 138, 826 BGB. Beschränken sich diese Verstösse jedoch nicht nur in einmaliger Weise auf einen Abnehmer, sondern laufen fortwährend und ergreifen mehrere Abnehmer, so liegt hierin zugleich auch eine Verletzung des Gesetzeszwecks der §§ 16, 17 GWB, denn ein sittenwidriges Vorgehen ist niemals gem. § 16

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO; Hoppmann, aaO, S. 59, Günther, aaO, S. 686; Dörinkel: Die Auswirkungen des neuen Kartellrechts ..., in WuW 1957, S. 61o; Sölter, A.: Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in Der Betrieb 1957, S. 913.

2) Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes vom 29.7. 1958 (Alpenmilch), in WuW 1958, S. 63o.

sachlich gerechtfertigt. Hieraus folgt die Aufhebung des gesamten Preisbindungssystems.

b) Im Gegensatz zu § 17 Abs. 1 Nr. 2 erfordert das Eingriffsrecht des § 17 Abs. 1 Nr. 3 ausser den gesamtwirtschaftlichen preis- und mengenpolitischen Marktfolgen keine zusätzliche missbräuchliche Handhabung oder Ausnutzung der Preisbindung [1]. Zwar bestimmt § 17 Abs. 1 S. 2, der an die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 S. 1 anschliesst, dass bei der Beurteilung, ob eine Preisbindung missbräuchlich ausgenutzt wird, alle Umstände zu berücksichtigen sind. Dies ist jedoch nur eine Auslegungsregel, welche die Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 nicht modifizieren will. Sie besagt nur, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 alle Umstände zu berücksichtigen sind. Wenn das Gesetz hierbei von " missbräuchlicher Ausnutzung " spricht, so bezieht es sich hierbei vor allem auf die Generalklausel des Missbrauchs in § 17 Abs. 1 Nr. 2, meint jedoch auch § 17 Abs. 1 Nr. 3 [2]. Das Gesetz erblickt im Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 3 ersichtlich einen speziellen wirtschaftspolitischen Missbrauchstatbestand, den es in der allgemeinen Auslegungsregel des § 17 Abs. 1 S. 2 miterfasst sehen wollte. Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der Vorläufer des § 17 Abs. 1 Nr. 3 ist in § 12 des Entwurfes zu erblicken, zu dem es in der Begründung [3] heisst, er soll gegen den Missbrauch von Handelsspannen einschreiten, die durch die Marktverhältnisse nicht gerechtfertigt sind. Ebenso wie bereits die Kartellverordnung [4] erblickt auch der Gesetzgeber des GWB im

---

1) Demgegenüber vertritt Schwartz, in Gemeinschaftskomm., aaO, zu § 17, Anm. 7, die Meinung, dass § 17 Abs. 1 Nr. 3 noch eine besondere missbräuchliche Ausnutzung erfordere.

2) Langen, Komm., aaO, zu § 17, Anm. II, 5, will § 17 Abs. 1 S. 2 ersichtlich nur auf den generellen Missbrauchstatbestand des § 17 Abs. 1 Nr. 2 anwenden.

3) Vgl. Begründung, aaO, zu § 12.

4) Vgl. S. 32.

Hervorrufen bestimmter abträglicher Marktfolgen einen Missbrauch in wirtschaftspolitischer Hinsicht. Der Wirtschaftspolitische Ausschuss des Bundestages hat diese Missbrauchskontrolle auf alle für die Preisbildung bzw. die Erzeugungs- oder Absatzverhältnisse erheblichen Tatbestände ausgedehnt [1], ohne ihren Missbrauchscharakter in Zweifel zu ziehen. Auch die Offenlegung der Preisbildungselemente in § 16 Abs. 4 dient ausdrücklich der Feststellung etwaiger Missbräuche gem. § 17. Hieraus folgt in Übereinstimmung mit der zu § 17 Abs. 1 Nr. 2 gegebenen Begriffsbestimmung des Missbrauchs als eines wirtschaftspolitisch zweckwidrigen Verhaltens, dass § 17 Abs. 1 Nr. 3 einen speziellen, in den abträglichen Marktfolgen begründeten Missbrauchstatbestand darstellt. Eine besondere missbräuchliche Ausnutzung im Sinne § 17 Abs. 1 S. 2 ist jedoch nicht erforderlich. Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht eindeutig hervor, dass die genannten abträglichen Marktfolgen genügen, um ein Eingriffsrecht zu begründen [2]. Das dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufende Verhalten liegt bereits darin, dass die Preisbindung oder ihre Verbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern, ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken.

Bei der Prüfung, wann im Einzelfall eine Preiskonstellation imstande ist, in gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise eine Warenverteuerung, etwa eine Erhöhung der Handelsspannen herbeizuführen oder eine Preisüberhöhung beizubehalten, bedarf vor allem der Beobachtung der Entwicklung der Preisbildungssysteme in den verschiedenen Wirtschaftszweigen, der Entwicklung der Rabatte und Preise gleichartiger gebundener oder ungebundener Waren, der Beurteilung des Einflusses

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 12.

2) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 12.

kombinierter Wettbewerbsbeschränkungen auf die Preisbildung. Die Kombination der Preisbindung mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen [1] rechtfertigt allein noch nicht ein Eingriffsrecht; hinzu kommen müssen noch die abträglichen Marktfolgen. Eine gegenteilige Ansicht kann auch nicht aus dem Schriftlichen Bericht [2] hergeleitet werden, wenn auch der Wirtschaftspolitische Ausschuss der Meinung war, dass diese Marktfolgen, insbesondere bei der Verbindung der Preisbindung mit einem Rabattkartell, naheliegen.

Das Gesetz stellt auf die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse, nicht nur auf den Markt der Markenware ab, es müssen demnach auch die mittelbaren Auswirkungen aus der Interdependenz der Märkte berücksichtigt werden. Die Marktfolgen brauchen auch nicht eingetreten sein, es genügt nach dem Gesetzeswortlaut eine Eignung, diese Marktfolgen auszulösen. Zweck der Missbrauchskontrolle ist nicht nur die Beseitigung bereits eingetretener Wirkungen, sondern auch die Verhütung des Eintritts schädigender Marktfolgen. Entgegen der Ansicht des Markenverbandes [3] ist ein Eingriff der Kartellbehörde deshalb schon möglich, wenn die aus dem Inhalt der Preisbindungen ersichtlichen Folgen noch nicht eingetreten sind [4]. Jede Befürchtung und Erwartung, dass eine Preisbindung die abträglichen Marktfolgen hervorrufen könne, berechtigt jedoch noch nicht zum Eingriff; es muss vielmehr eine aus dem Inhalt oder der Durchführung der Preisbindung bzw. ihrer Kombination mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen naheliegende konkrete Gefährdung bestehen.

III. Die Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde bezieht

---

1) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 12.

2) An diesen anderen Wettbewerbsbeschränkungen muss das preisbindende Unternehmen beteiligt sein; es genügt nicht, dass nur Wettbewerbsbeschränkungen zwischen anderen Marktteilnehmern vorhanden sind.

3) in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO.

4) im Ergebnis auch Langen, Komm., aaO, zu § 17, Anm. II, 5.

sich auf den Inhalt oder die Durchführung eines konkreten vertikalen Preisbindungs- oder Preisempfehlungssystems. Als rechtstechnische Ergänzung hierzu hat die Kartellbehörde die Möglichkeit, die Anwendung neuer gleichartiger Preisbindungen, die den gerügten Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 zuwiderlaufen, zu verbieten [1]. Hingegen sind neue Preisbindungen, die den Beanstandungen der Kartellbehörde Rechnung tragen, erlaubt [2]. Vor Erlass der Unwirksamkeitserklärung soll die Kartellbehörde das preisbindende Unternehmen auffordern, den beanstandeten Missbrauch abzustellen, damit gesetzwidriges Verhalten, das lediglich auf Rechtsunkenntnis beruht, vorab ohne förmliches Verfahren abgestellt werden kann [3]. Der § 17 gibt der Kartellbehörde nur die Befugnis zur Beseitigung, nicht zur inhaltlichen Änderung von Preisbindungen [4].

1) Die rechtliche Bedeutung der Unwirksamkeitserklärung ist verschieden, je nachdem, ob es sich um Eingriffe nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 oder § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 handelt.

Die Eingriffe der Kartellbehörde nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 haben rechtlich nur deklaratorische Bedeutung, sie dienen zur klärenden Feststellung der Rechtsungültigkeit vertikaler Preisbindungs- und Preisempfehlungssysteme im Interesse der Rechtssicherheit [5]. Sie

---

1) Ein Verstoss hiergegen bedeutet bereits eine Ordnungswidrigkeit gem. § 38 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

2) Wird eine Bindung wegen zu hoher Preise für unwirksam erklärt, so steht einer solchen zu niedrigeren Preisen nichts im Wege.

3) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 12. Das gilt insbesondere auch für tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen.

4) So mit Recht Markenverband, in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 436.

5) Der Gesetzgeber hat den Hinweis auf die Verbotsvorschriften, insbesondere auf § 15, nicht für genügend erachtet, vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 11.

haben jedoch keine rechtsgestaltende Wirkung wie etwa in § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3. Das gilt einmal in denjenigen Fällen, in denen bereits vor der Anmeldung Voraussetzungen des § 16 gefehlt haben; diese Mängel konnten die Anmeldung und schriftliche Bestätigung nicht heilen. Gleiches gilt aber auch dann, wenn Voraussetzungen des § 16 erst später weggefallen sind. Mit diesem Zeitpunkt findet die Ausnahmenorm des § 16 keine Anwendung mehr, die betreffenden Preisbindungs- und Empfehlungssysteme fallen wieder unter die Verbotsvorschriften der §§ 15, 25 Abs. 1, 38 Abs. 2. Die bestehende Anmeldung und schriftliche Bestätigung vermag auch in diesen Fällen die Rechtsgültigkeit nicht weiter zu begründen [1]. Andernfalls würde man den § 16 Abs. 4 eine über seinen Zweck hinausreichende rechtliche Wirkung beimessen.

Mit ihrer Befugnis in § 17 Abs. 1 Nr. 1 konkurriert die Kartellbehörde mit der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, denen die Feststellung der Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen und Preisempfehlungen gem. § 87 GWB obliegt. Während die ordentlichen Gerichte die Unwirksamkeit bzw. Unzulässigkeit nur im Rahmen der Individualbeziehungen zwischen dem Markenwarenunternehmen und einem einzelnen Abnehmer mit Wirkung inter partes feststellen können, erfasst die Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde die Bindungs- und Empfehlungssysteme als Ganzes, mithin sämtliche Individualbeziehungen des Markenwarenunternehmens mit den einzelnen mittelbaren und unmittelbaren Abnehmern. Hierin liegt - neben der Beseitigung des Anscheins der Rechtsgültigkeit angemeldeter, aber unzulässiger Preisbindungen - die eigentliche Bedeutung des § 17 Abs. 1 Nr. 1.

Die Eingriffe der Kartellbehörde nach § 17 Abs. 1 Nr.2 und 3 betreffen hingegen rechtsgültige vertikale Preisbindungs- und Empfehlungssysteme, sie haben deshalb

---

1) Zweifelnd der Markenverband, in Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen, aaO, S. 436.

rechtlich konstitutive Bedeutung. Durch die Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde werden bestimmte Bindungs- oder Empfehlungssysteme mit rechtsgestaltender Wirkung für unwirksam bzw. unzulässig erklärt. Vor diesem Zeitpunkt sind individuelle vertikale Preisbindungen bzw. Empfehlungen vor den ordentlichen Gerichten als voll rechtsgültig zu betrachten [1]. Die Befugnis gem. § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 obliegt ausschliesslich der Kartellbehörde, so dass eine Konkurrenz mit den ordentlichen Gerichten nicht gegeben ist. Diese sind an die Entscheidung der Kartellbehörde gebunden.

2) Die Unwirksamkeitserklärung hat zur Folge, dass das betreffende vertikale Preisbindungs- oder Preisempfehlungssystem mit sofortiger Wirkung oder zu einem späteren Zeitpunkt, jedoch nicht rückwirkend, rechtsungültig wird. Die Wirkungen erstrecken sich auf alle innerhalb des Systems mittelbar oder unmittelbar gebundenen Abnehmer oder Empfehlungsadressaten [2]. Vertragliche Preisbindungen werden unwirksam [3], tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen unzulässig.

Fraglich ist schliesslich die Auswirkung der Unwirksamkeitserklärung der Kartellbehörde auf die übrigen vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten.

Tatsächliche Preisbindungen und Preisempfehlungen, die unzulässig werden, berühren die zugrundeliegenden Austauschgeschäfte nicht, da sie keine Vertragsbestandteile sind und als einseitige Handlungen keine rechtsgeschäftlichen Auswirkungen haben.

Für vertragliche vertikale Preisbindungen bestimmt § 19 GWB, dass sich die Gültigkeit der übrigen mit der Preisbindung verbundenen vertraglichen Vereinbarungen nach den allgemeinen Vorschriften richtet. Nach dem Willen

---

1) Auch nicht etwa als anfechtbar im Sinne § 142 BGB.

2) Vgl. Schwartz, in Gemeinschaftskom., aaO, zu § 17, Anm. 14.

3) Neue vertragliche Preisbindungen unterliegen den §§ 15, 16. Nach der Unwirksamkeit dürften die §§ 306, 307 BGB Anwendung finden.

des Gesetzgebers soll demnach, wie aus der Entstehungsgeschichte [1] des § 19 hervorgeht, § 139 BGB Anwendung finden, mit der Begründung, dass es Fälle gebe, in denen es nicht gerechtfertigt wäre, eine Vertragspartei zur weiteren Erfüllung des Vertrages zu zwingen. Gem. § 19 Abs. 2 darf aber die Kartellbehörde auf Antrag eines Vertragsbeteiligten gleichzeitig mit der Unwirksamkeitserklärung die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestandteile anordnen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten für einen Vertragsbeteiligten erforderlich ist und nicht überwiegende Belange eines anderen Vertragsbeteiligten entgegenstehen.

Entgegen der im Schriftlichen Bericht geäusserten Ansicht führt jedoch eine Anwendung des § 139 BGB auf nachträglich für unwirksam erklärte Preisbindungen aus denselben Gründen wie im Falle der Nichtigkeit gem. § 15 [2] nicht zur Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Austauschvertrages, sondern lässt die übrigen Vertragsbestandteile unberührt. Dies entspricht sowohl dem Gesetzeszweck als auch durchweg den Interessen der Parteien [3]. Eine unterschiedliche Behandlung gem. § 15 nichtiger oder gem. § 17 für unwirksam erklärter Preisbindungen ist auch aus keinen ersichtlichen Gründen gerechtfertigt. Nur in Ausnahmefällen, die wohl vom Wirtschaftspolitischen Ausschuss gemeint sind [4], kann sich die Gesamtnichtigkeit eines Vertrages ergeben, wenn nämlich die übrigen vertraglichen Abmachungen ohne die Preisbindungsklauseln objektiv keinen selbständigen Bestand haben können oder die weitere Bindung an den Gesamtvertrag für die Vertrags-

---

1) Nach der Begründung, aaO, zu § 14, sollte die Anwendung des § 139 ausgeschlossen werden. Demgegenüber hat der Wirtschaftspolitische Ausschuss § 139 für anwendbar erklärt, wenn ein Teil des Vertrages ex nunc für unwirksam erklärt wird.

2) Vgl. S. 74.

3) Vgl. S. 75 ff.

4) Vgl. Schriftl. Bericht, aaO, zu § 14.

beteiligten im Einzelfall nach Treu und Glauben gem. § 242 eine unzumutbare Härte darstellen würde.

Im Grundsatz muss jedoch an der Gültigkeit der übrigen Vertragsbestandteile festgehalten werden. Da die Preisbindungen in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Reversen nur Rahmenabmachungen darstellen, hat der zugrundeliegende Austauschvertrag wohl immer eine selbständige Bedeutung [1].

Für vertikale Preisbindungen erlangt deshalb die Befugnis der Kartellbehörde gem. § 19 Abs. 2 nur deklaratorische Bedeutung [2].

Die weiteren rechtlichen Folgen der Unwirksamkeitserklärung, insbesondere der Einfluss auf Drittverträge, regelt sich entsprechend wie bei § 15, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann [3].

---

1) So auch Schwartz, in Gemeinschaftskommentar, aaO, zu § 19, Anm. 4.

2) Anders verhält es sich bei vertikalen Absatzbindungen und Ausschliesslichkeitsklauseln, die gem. § 19 Abs. 1 GWB i.V.m. § 139 BGB einer anderen Beurteilung unterliegen können.

3) Vgl. S. 81 ff.

L e b e n s l a u f

Der Verfasser, Hans Dieter H o l z h e i m e r , wurde am 23. Dezember 1931 in Crottendorf im Erzgebirge, Kreis Annaberg, geboren.

Er besuchte von Ostern 1938 bis zum Juli 1942 die Volksschule am Geburtsort und anschliessend die Oberschule in Annaberg im Erzgebirge, an der er am 8. Juli 195o nach achtjährigem Unterricht die Reifeprüfung ablegte.

Vom Wintersemester 195o/51 an studierte der Verfasser an der Hochschule für Arbeit, Politik und Wirtschaft in Wilhelmshaven drei Semester Volkswirtschaft. Anschliessend ging er an die Universität Erlangen und setzte dort seine Studien in Volkswirtschaft und Rechtswissenschaft bis zum Sommersemester 1955 fort. Im Wintersemester 1957/58 war der Verfasser ausserdem Gasthörer an der Universität Hamburg.

Am 26. Mai 1954 absolvierte der Verfasser die Prüfung für Diplom-Volkswirte an der Universität Erlangen. Am 2. Dezember 1955 bestand er die erste juristische Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht in Hamm (Westf.) und am 16. Mai 196o die zweite juristische Staatsprüfung beim Landesjustizprüfungsamt von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf.

Druck: Heidelberger Reprographie, A. Grosch